

ANSPRÜCHE
AUS RECHTS- ODER SITTENWIDRIGEN
VEREINBARUNGEN ALS GEGENSTAND
DES BETRUGES

Karl Theo Vogelreuther

ANNALETS DE LA SOCIÉTÉ DES SCIENTIFIQUES
PUBLIÉS PAR LE COMITÉ DES SCIENTIFIQUES

Inaugural - Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
an der kaiserlichen Universität
zu München

verlegt von
Karl Theo Vogelbein

München 1884



ANSPRÜCHE AUS RECHTS- ODER SITTENWIDRIGEN
VEREINBARUNGEN ALS GEGENSTAND DES BETRUGES

Inaugural - Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität
zu München

vorgelegt von
Karl Theo Vogelreuther

München 1964

Referent: Professor Dr. Dr. h.c. K. ENGISCH
Korreferent: Professor Dr. R. MAURACH

Tag der mündlichen Prüfung: 26.2.1964

INHALTSVERZEICHNIS

Seite

Einführung und Fragestellung

1

I. Wesen des Betrugs

1

1. Geschichtliches Rechtsgut

1

2. Der Tatbestand und seine Merkmale

2

3. Der Vermögensbegriff im Sinne des § 263

3

a) Die juristische

4

b) Die wirtschaftliche Vermögensbeziehung

5

c) Die

6

d) Die personale Vermögensbeziehung

7

MEINEN LIEBEN ELTERN

IN DANKBARKEIT GEWIDMET

II. Die Vermögensbeziehung als Grundlage der Unterscheidung

7

1. Stellungnahmen zur Konkretisierung und Abgrenzung des Problems

7

2. Die Vermögensbeziehung der wichtigen Ansprüche nach den einzelnen Vermögensbeziehungen

8

Nachgelagte Ansprüche und ihre Stellung durch Rechtsprechung und Rechtslehre im Rahmen der wirtschaftlichen Vermögensbeziehung

41

I. Stand der Rechtsprechung

11

1. Die Rechtsprechung des Reichsgerichtes

11

2. RRG-Gesetz vom 18.06.1903

11

3. Die Rechtsprechung des OGH

12

4. Die Rechtsprechung des BGH

13

II. Die Bewertung der wichtigen Ansprüche nach der Rechtsprechung und ihrer Stellungnahme zu den Entscheidungen des OGH und BGH

16

1. Stellungnahme Rechtsprechung

16

2. Stellungnahme von Bruns

18

3. Stellungnahme Altmann

19

4. Stellungnahme Franke

20

5. Stellungnahme Wetzels

20

Prüfung der Argumente, die für und gegen die Anerkennung von nachgelagerten Ansprüchen als Vermögenswerte sprechen

22

I. Rechtsprechung des BGH, ein konsequentes Ergebnis in Verbindung des vom BGH vertretenen wirtschaftlichen Vermögensbegriffs

23

1. Die wirtschaftliche Betrachtungsweise in der rechtserforderlichen Rechtsprechung

23

INHALTSVERZEICHNIS

	Seite
A. Einleitung und Fragestellung	1
I. Wesen des Betrugs	1
1. Geschütztes Rechtsgut	1
2. Der Tatbestand und seine Merkmale	2
3. Der Vermögensbegriff im Sinne des § 263	3
a) Die juristische Vermögenstheorie	4
b) Die wirtschaftliche Vermögenstheorie	5
c) Die juristisch-ökonomische Vermögenstheorie	6
d) Die personale Vermögenstheorie	7
II. Die Vermögenstheorien als Grundlagen der Untersuchung	7
1. Fallgestaltungen zur Konkretisierung und Abgrenzung des Problems	7
2. Die Vermögensqualität der nichtigen Ansprüche nach den einzelnen Vermögenstheorien	8
B. Nichtige Ansprüche und ihre Beurteilung durch Rechtsprechung und Rechtslehre im Rahmen der wirtschaftlichen Vermögenstheorie	11
I. Stand der Rechtsprechung	11
1. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts	11
2. Kritik Grünhuts an RGSt 65, 99	11
3. Die Rechtsprechung des OGH	12
4. Die Rechtsprechung des BGH	13
II. Die Beurteilung der nichtigen Ansprüche durch die Rechtslehre und ihre Stellungnahme zu den Entscheidungen des OGH und BGH	16
1. Stellungnahme Bockelmanns	16
2. Stellungnahme von Bruns	18
3. Stellungnahme Maurachs	19
4. Stellungnahme Franzheims	19
5. Stellungnahme Welzels	20
C. Prüfung der Argumente, die für und gegen die Anerkennung von nichtigen Ansprüchen als Vermögenswert sprechen	22
I. Rechtsprechung des BGH, ein konsequentes Ergebnis in Verfolgung des vom RG vertretenen wirtschaftlichen Vermögensbegriffs?	22
1. Die wirtschaftliche Betrachtungsweise in der reichsgerichtlichen Rechtsprechung	23

VI

2. Beispiele aus der Rechtsprechung des RG für die Auswirkung der wirtschaftlichen Betrachtungsweise auf den Vermögenswert	24
a) Rechtswirksame Ansprüche	24
b) Verjährte Ansprüche	25
c) Sonstige unvollkommene Verbindlichkeiten	25
d) Anwartschaften und Aussichten	26
3. Die Anwendung der wirtschaftlichen Betrachtungsweise des RG durch die neuere Rechtsprechung auf nichtige Ansprüche	27
4. Der Einfluß der Rechtsordnung in den vom RG entschiedenen Fällen und seine Bedeutung für die nichtigen Ansprüche	30
5. Entscheidungen des RG zur Abrundung des wirtschaftlichen Vermögensbegriffes	35
6. Nichtige Ansprüche im Vergleich zum rechtswidrigen Besitz	37
7. Der Begriff des "rechtlich geschützten Vermögens" in Bezug auf nichtige Ansprüche	38
8. Ergebnis der Untersuchung der reichsgerichtlichen Rechtsprechung zum wirtschaftlichen Vermögensbegriff und seine Auswirkung auf die Anerkennung nichtiger Ansprüche als Vermögenswert	40
II. Entspricht die neuere Rechtsprechung einem dem heutigen Rechtsdenken angepaßten wirtschaftlichen Vermögensbegriff?	40
1. Der Vermögenswert nichtiger Forderungen bei sog. "natürlicher" Betrachtungsweise	40
2. Grenzen der wirtschaftlich-faktischen Betrachtungsweise	42
3. Der Einfluß der Rechtsordnung auf die Anerkennung der Arbeitskraft als Vermögenswert	43
4. Der Einfluß der Rechtsordnung im Rahmen der faktischen Vertrauensverhältnisse	44
5. Das Vermögen als Rechtsgut	47
6. Die Beeinträchtigung nichtiger Ansprüche als "Pflichtverletzung"	49
7. Ergebnis der Untersuchung	50

VII

LITERATURVERZEICHNIS

- Binding, Karl Lehrbuch des Gemeinen deutschen Strafrechts, Besonderer Teil, I. Band, 2. Aufl., Leipzig, 1902.
- Bockelmann, Paul "Die Behandlung unvollkommener Verbindlichkeiten im Vermögensstrafrecht", in: Mezger-Festschrift, München-Berlin, 1954, Seite 363.
- Bockelmann, Paul "Der Unrechtsgehalt des Betruges", in: Probleme der Strafrechterneuerung. - Eduard Kohlrausch zum 70. Geburtstag; Seite 226 ff., Berlin, 1944.
- Bockelmann, Paul "Wandlungen in der Betrugsrechtsprechung des Reichsgerichts". DR 1942, 1112.
- Bockelmann, Paul "Zum Begriff des Vermögensschadens beim Betrug", JZ 1952, S. 461.
- Bockelmann, Paul Anmerkung; JZ 1952, S. 485.
- Brauweiler, Heinrich "Der Vermögensbegriff im Privat- und Strafrecht". Diss. 1910, Erlangen.
- Bruns, Hans-Jürgen "Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denken." Berlin, 1938.
- Bruns, Hans-Jürgen "Gilt die Strafrechtsordnung auch für und gegen Verbrecher untereinander?" in: Mezger-Festschrift, 1954, S. 335.
- Caemmerer, Ernst von "Preisverstöße und § 817 Satz 2 BGB", SJZ 1950, Sp. 646.
- Dalcke-Fuhrmann-Schäfer Strafrecht und Strafverfahren. 37. Aufl., Berlin 1961
- Eckstein "Streitfragen aus der Lehre vom strafbaren und straflosen Betrug". GA 58, S. 66.
- Fischer, Robert "Der Betrug auf dem Schwarzen Markt". in: Recht und Zeit, 1948, Heft 5.
- Frank, Reinhard Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 16. Aufl., Tübingen, 1925.
- Franzheim, Horst "Zur Strafbarkeit des Komplizen- und Dirnenbetrugs". Goldt. A. 1960, S. 269.

VIII

- | | |
|--------------------|--|
| Gallas, Wilhelm | "Zur Kritik der Lehre vom Verbrechen als Rechtsgutverletzung" in: Gegenwartsfragen der Strafrechtswissenschaft. Festschrift für Gleispach, Berlin, 1936; S. 50. |
| Gallas, Wilhelm | "Zur Frage nach dem Verletzten beim Betrugsdelikt." ZAkDR 1940, S. 246, Anmerkung. |
| Gallas, Wilhelm | "Der Betrug als Vermögensdelikt" in: Festschrift für Eberhard Schmidt, Göttingen, 1961. |
| Gerland, Heinrich | Deutsches Reichsstrafrecht, 2. Aufl., Berlin, 1932. |
| Gerloff, Ulrich | "Die Strafbarkeit des Betruges im Rahmen rechts- und sittenwidriger Geschäfte." Diss. 1951, Münster |
| Grasshof, Wilhelm | "Der Tatbestand des Betruges. Nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts." LZ 1916, S. 1519. |
| Grünhut, Max | "Der strafrechtliche Schutz wirtschaftlicher Interessen" in: Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben. Bd. 5, 1929, S. 116. |
| Grünhut, Max | Anmerkung 25: JW 1932, S. 2434. |
| Hafer, Ernst | Schweizerisches Strafrecht. Besonderer Teil. Erste Hälfte, Berlin, 1937. |
| Hippel, Robert von | Lehrbuch des Strafrechts. Berlin, 1932. |
| Hirschberg, Rudolf | "Der Vermögensbegriff im Strafrecht" in: Abhandlungen aus der Berliner Juristischen Fakultät. VII. Berlin, 1934. |
| Jagusch, Heinrich | Leipziger Kommentar. 8. Aufl., Berlin, 1958. |
| Jellinek, Walter | "Über die normative Kraft des Faktischen". JZ 1951, S. 348. |
| Köhler | "Zweifelhafte Betrugsfälle", GA 60, S. 261. |
| Kohlhaas | "Ist das Prellen einer Dirne um den vereinbarten Lohn kein Betrug?" JR 1954, S. 97. |
| Kohlrausch, Eduard | "Vermögensverbrechen im Wandel der Rechtsprechung und der Gesetzgebung" in: Beiträge zum Recht des neuen Deutschlands. Festschrift für Schlegelberger. Berlin, 1936, S. 203. |
| Köstlin, Reinhold | Abhandlungen aus dem Strafrecht. Tübingen, 1858. |
| Krumme | LM § 263, Nr. 13. |

IX

Lange, Richard	"Zur strafrechtlichen Judikatur des Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone." JR 1950, S. 622, XI
Lange, Richard	Kohlrausch-Lange. Strafgesetzbuch. 43. Aufl., Berlin, 1961.
Liszt, Franz von - Schmidt	Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. 25. Aufl., Berlin, 1927.
Maurach, Reinhart	Deutsches Strafrecht. Allg. Teil, 2. Aufl., Karlsruhe, 1958.
Maurach, Reinhart	Deutsches Strafrecht. Bes. Teil, 3. Aufl. Karlsruhe, 1959.
Merkel, Adolf	Die Lehre vom strafbaren Betrug, in: Kriminalistische Abhandlungen II, Leipzig, 1867.
Mezger, Edmund	Strafrecht II. Besonderer Teil. Ein Studienbuch, 4. Aufl., München-Berlin, 1954.
Nagler, Johannes	Leipziger Kommentar. Strafgesetzbuch. 6./7. Aufl., Berlin, 1951.
Nagler, Johannes	ZAkDR 1941, S. 294.
Raiser, Ludwig	Anmerkung. JZ 1951, S. 718.
Schönke-Schröder	StGB.-Kommentar, 9. Aufl., München-Berlin, 1959.
Schwarz-Dreher	Strafgesetzbuch, 24. Aufl., München-Berlin, 1962.
Welzel, Hans	Das Deutsche Strafrecht., 6. Aufl., Berlin 1958.
Wimmer, August	DRZ 1948, S. 116.

ABKÜRZUNGEN

a. A.	anderer Ansicht
a. a. O.	am angegebenen Ort
Anm.	Anmerkung
A. T.	Allgemeiner Teil
Bd.	Band
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (zitiert nach Band und Seite)
B. T.	Besonderer Teil
DR	Deutsches Recht
DRZ; DRiZ	Deutsche Richterzeitung
FSchr.	Festschrift
GA, GoldtA	Goldtammers Archiv für Strafrecht
JR	Juristische Rundschau
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
Kohlr.	Kohlrausch
Kohlr. -L.	Kohlrausch-Lange, Strafgesetzbuch
LK	Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch
M. FSchr.	Mezger-Festschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OGHSt	Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs für die britische Zone in Köln
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung
StuB II	Studienbuch II, Besonderer Teil
ZakDR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht

A. EINLEITUNG UND FRAGESTELLUNG

Gegenstand der Untersuchung ist die Frage, ob Ansprüche, welche wegen Gesetzes- oder Sittenverstoßes nichtig 1) und deshalb rechtlich nicht anerkannt sind, zur Begründung eines Vermögensschadens im Sinne des Betrugstatbestandes geeignet sind.

Neu zur Diskussion gestellt wurde dieses Problem durch die Urteile des Obersten Gerichtshofes der Britischen Zone und des Bundesgerichtshofes, welche mit der bis dahin allgemein anerkannten Rechtsprechung des Reichsgerichts und der herrschenden Lehre gebrochen haben, indem sie Ansprüchen, die keinen rechtlichen Bestand hatten, unter besonderen Umständen erstmals wirtschaftlichen Wert und Vermögensqualität zuerkannten.

Wenn diese Entscheidungen auch richtungsweisend für die gerichtliche Praxis wurden, so haben sie doch in der Wissenschaft keine allgemeine Zustimmung gefunden.

Aus der Gegenüberstellung der von Rechtsprechung und Wissenschaft angeführten Argumente, die für und gegen die Annahme eines Vermögensschadens und damit des Betrugs sprechen, soll eine Lösung des Problems gesucht werden.

I. WESEN DES BETRUGS

1) Geschütztes Rechtsgut

Zunächst ist es notwendig, auf den Tatbestand des Betrugs und des durch ihn geschützten Rechtsguts einzugehen, da bei der Frage nach dem Rechtsgut bereits die Problematik des Betrugs einsetzt.

Die Frage nach dem geschützten Rechtsgut wird vor allem in der Rechtslehre nicht einheitlich beantwortet, jedoch hat sich die in der Rechtsprechung 2) allgemein anerkannte Meinung durchgesetzt, daß als geschütztes Rechtsgut allein das Vermögen anzusehen ist.

Hiervon abweichend wird versucht, entweder an Stelle des Vermögens ein anderes primäres, oder neben das Vermögen ein weiteres Rechtsgut zu setzen. Der Streit um das geschützte Rechtsgut läßt sich bis in die Anfänge der Lehre vom Betrug

-
- 1) nur diese sind im folgenden als nichtige oder rechtlich nicht anerkannte Ansprüche gemeint.
 - 2) RGSt 66, 285; 74, 169; BGHSt 3, 99; 7, 198; Im Sinne der Rechtsprechung: LK: § 263 Anm. 1; Maurach II: § 38 I A; Kohlrausch-Lange: Vorbem. I vor § 263, S. 573; Schönke-Schröder: § 263 I.

zurückverfolgen. So finden wir bereits bei Köstlin 1) und Merkel 2) die auch heute noch in den verschiedenen Spielarten vertretenen Rechtsgutstheorien erwähnt. In der neueren Lehre sieht Hafter 3) Treu und Glauben, Kohlrausch 4) die Täuschung fremden Vertrauens als primäres Rechtsgut an, während Mezger 5) neben dem Vermögen die Aufrechterhaltung von Wahrheit und Treu und Glauben im vermögensrechtlichen Verkehr, Frank 6) den wahren Willen des Betroffenen, und Fischer 7) das Vertrauen geschützt sehen wollen.

Nach der herrschenden und wohl auch richtigen Auffassung stellt die Täuschung fremden Vertrauens nur das Mittel dar, mit dem der Täter gegen das geschützte Rechtsgut, das Vermögen eines anderen, vorgeht 8).

Das BGH stellte hierzu in E 3, 99 ausdrücklich fest, daß die Dispositionsfreiheit, d.h. das Recht auf irrtumsfreie Vermögensverfügung, nicht als geschütztes Rechtsgut anzusehen ist 9).

2) Der Tatbestand und seine Merkmale

Nach § 263 wird wegen Betrugs bestraft:

"Wer in der Absicht, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, das Vermögen eines anderen dadurch beschädigt, daß er durch Vorspiegelung falscher oder Unterdrückung wahrer Tatsachen einen Irrtum erregt oder unterhält."

Der Tatbestand des § 263 enthält danach vier geschriebene Merkmale: Täuschung, Irrtum, Vermögensschaden und Bereicherungsabsicht.

Betrug ist somit die durch Täuschung verursachte Vermögensschädigung, begangen in Bereicherungsabsicht. Zur Vollendung des Tatbestandes braucht die Bereicherung jedoch nicht eingetreten zu sein, es genügt die hierauf gerichtete Absicht. Beim Betrug handelt es sich deshalb um ein sog. kupiertes Erfolgsdelikt.

Die zwischen den einzelnen Tatbestandsmerkmalen erforderliche Kausalität, be-

1) a. a. O. S. 119 ff.

2) a. a. O. S. 78 ff.

3) a. a. O. § 42 I.

4) a. a. O. S. 222.

5) St. u. B. II § 56 III.

6) a. a. O. § 263 Anm. I.

7) a. a. O. S. 20.

8) RGSt 74, 169.

9) a. A. Gallas; Eb. Schmidt F Schr. S. 410
entgegen ZAkDR 1940, S. 246.

sonders zwischen Irrtum und Vermögensschaden, kann nur unter Einführung des Begriffs der Vermögensverfügung als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal hergestellt werden, da der durch die Täuschungshandlung bewirkte Irrtum als geistiger Vorgang allein noch zu keinem Vermögensschaden führen kann; die Vermögensverschiebung setzt gedanklich eine Handlung des Getäuschten voraus. So ist deshalb die Vermögensverfügung als weiteres ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal durch Rechtsprechung und Rechtslehre allgemein anerkannt worden 1).

Im neuen "Entwurf eines Strafgesetzbuchs, E 1960" 2) wurde diesem Problem Rechnung getragen und neben der textlichen Neufassung in § 252 I des Entwurfs bestimmt:

"Wer durch Täuschung über Tatsachen jemanden zu einer Vermögensverfügung bestimmt, die diesem oder einem anderen einen Vermögensnachteil zufügt, um daraus sich oder einen Dritten widerrechtlich zu bereichern, wird bestraft."

Die Vermögensverfügung ist aber nicht im zivilrechtlichen Sinne zu verstehen, es genügt vielmehr jedes tatsächliche Handeln, Dulden oder Unterlassen, das eine Vermögensminderung bewirken kann. Im Hinblick auf die vorliegende Untersuchung kommt insbesondere die unbewußte Unterlassung der Geltendmachung einer Forderung in Betracht 3). Der Betrug stellt sich insoweit als unbewußte Selbstschädigung dar.

Das Hauptproblem und die Hauptschwierigkeit liegt jedoch in der Bestimmung des Tatbestandsmerkmals "Vermögensschaden."

Die Frage, ob das Abschwindeln rechtlich nicht anerkannter Ansprüche als Betrug gewertet werden kann, ist grundsätzlich eine Tatbestandsfrage. Eine Lösung läßt sich nur finden, wenn zunächst einmal festgestellt ist, was unter "Vermögen" im Sinne des § 263 StGB zu verstehen ist.

3) Der Vermögensbegriff im Sinne des § 263.

Der Vermögensbegriff ist Gegenstand eines lebhaften Theoriestreits und noch nicht einheitlich bestimmt. Was unter "Vermögen" zu verstehen ist, darüber werden im wesentlichen vier Theorien vertreten. Es sind dies:

- a) die juristische Vermögenstheorie,
- b) die wirtschaftliche Vermögenstheorie,

1) RGSt 49, 16, 19;

2) Drucksache 2150 3. Wahlperiode

3) LK § 263 Anm. 4 RG 65, 100; 76, 175

Bruns: "Befreiung"; S. 233 ff.

- c) die juristisch-ökonomische Vermögenstheorie,
- d) die personale Vermögenstheorie.

a) Die juristische Vermögenstheorie.

Diese hauptsächlich von Binding vertretene Theorie geht im wesentlichen auf Köstlin 1) und Merkel 2) zurück. Um Betrug annehmen zu können ist nach Ansicht Letzterer ein Eingriff in fremde Vermögensrechte notwendig. Nur Rechte, nicht bloße Präentionen oder faktische Zustände, welche einer rechtlichen Anerkennung nicht teilhaftig sind, können danach als Angriffsobjekte in Frage kommen.

Binding 3) stellt seiner Abhandlung über den Betrug seine Definition vom Betrug gleichsam apodiktisch voraus: "Betrug ist die vorsätzliche rechtswidrige Schädigung formeller Vermögensrechte durch Täuschung" Das Vermögen bezeichnet die Summe aller Vermögensrechte einer Person und nur einem oder mehreren bestimmten davon gilt der betrügerische Angriff; sie brauchen keinen Geldwert zu besitzen. Das Vermögen erscheint somit nicht gefaßt als formlose Wertmasse, auch nicht als Einheit aller Vermögensrechte, die er faktisch beherrscht.

Die Vermögenstheorie Bindings läßt sich in der Formel zusammenfassen: Wo kein Recht, da kein Betrug.

Die juristische Vermögenstheorie wird auch von Gerland 4) vertreten, der den Umfang des Vermögens nach dem bürgerlichen Recht bestimmt. "Vermögen" ist der Begriff derjenigen Sachen und Rechte, die unter der rechtlichen Verfügungsgewalt des Eigentümers stehen.

Ausgehend vom Prinzip der materiellen Akzessorietät des Strafrechts kommt auch Hirschberg 5) zu einem der juristischen Vermögensbegriff nahestehenden Begriff vom Vermögen. Er anerkennt wirtschaftliche Positionen, auf Grund derer in rechtlich zulässiger Weise Gewinne erzielt werden können, jedoch kann Gegenstand eines Vermögensdelikts nicht ein Wert sein, dem die Rechtsordnung die Anerkennung versagt.

Nach dieser juristischen Vermögenstheorie ist Gegenstand des durch § 263 angestrebten Schutzes der äußere Bestand des Vermögens. Da die Vermögensbestandteile formal, nicht als materielle Wirtschaftsgüter betrachtet werden, begründet auch die Beeinträchtigung von wertlosen Rechten einen Vermögensschaden. Bei

1) § 9, S. 141

2) § 5, S. 101

3) § 85, S. 339

4) § 153, I, 1. § 166, II, 4b

5) S. 296, 326 ff;

der rein rechtlichen Betrachtungsweise des Vermögensschadens besteht dieser darin, daß der Getäuschte nicht das erhält, worauf er einen rechtlichen Anspruch hat, wobei die erbrachte Gegenleistung stets außer Betracht bleiben muß.

Diese Theorie führt einerseits zu einer nicht gerechtfertigten Beschränkung auf formale Rechte, da sie anerkannten wirtschaftlichen Positionen ohne rechtliche Vorformung ihre Anerkennung versagt, andererseits zu einer Überbewertung des Subjektiven, da es bei dem mit dieser Theorie notwendig gekoppelten subjektiven Schadensbegriff in das Belieben des Getäuschten gestellt ist, die Gegenleistung als die rechtlich geschuldete gelten zu lassen oder abzulehnen.

Der am schwersten wiegende Einwand, der gegen diese Theorie vorgebracht wird, ist der, daß sie den grundlegenden Unterschied zwischen den Vermögensdelikten gegen Einzelrechte und denen gegen das Gesamtvermögen verkenne 1).

Die Rechtsprechung des Reichsgerichts folgte zunächst ebenfalls dieser juristischen Vermögentheorie, schwenkte aber mit seiner Entscheidung in RGSt 16, 1 ff bereits zu einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise des Vermögensschadens über und vollzog mit der bekannten Plenarentscheidung in RGSt 44, 230 ff den Durchbruch zum wirtschaftlichen Vermögensbegriff. Die Rechtsprechung des RG wird an anderer Stelle noch eingehend zu untersuchen sein.

b) Die wirtschaftliche Vermögentheorie.

Im Gegensatz zu der oben umrissenen juristischen Vermögentheorie bestimmt sich das Vermögen nicht nach rechtlichen, sondern nach wirtschaftlichen Kriterien. Endgültig herbeigeführt wurde die Abwendung von der rein juristischen Betrachtungsweise durch das in konsequenter Verfolgung der juristischen Vermögentheorie bedingte, unbefriedigende Ergebnis, daß zwar dem Getäuschten durchaus ein wirtschaftlicher, in Geld ausdrückbarer Schaden entstanden sein konnte, der jedoch bei juristischer Betrachtung unbeachtlich bleiben mußte. Das RG sah deshalb in seiner grundlegenden Entscheidung in RGSt 44, 230 den Vermögensbegriff in erster Linie als einen Begriff des wirtschaftlichen Lebens an. Danach ist Vermögen wirtschaftliche Macht, alles das, was für die wirtschaftlichen Verhältnisse einer Person Wert hat, somit ein Inbegriff von Werten, oder, da im System der Geldwirtschaft jeder Wert in Geld ausgedrückt werden kann: die Summe der geldwerten Güter einer Person. Gegenstand des Strafschutzes ist das durch die Summe der Vermögensbestandteile gebildete wirtschaftliche Gesamtpotential; der Betrug richtet sich somit gegen das Vermögen als Ganzes. Als Vermögensbeschädigung ist deshalb die dem Getäuschten nachteilige Differenz zwischen dem Geldwerte anzusehen, welchen dessen Vermögen nach und infolge der durch die Täuschung hervorgerufenen Verfügung tatsächlich hatte, und demjenigen Geldwerte, den es

1) Mezger: § 57 V

gehabt hätte, wenn die Täuschungshandlung nicht vorgekommen wäre 1).

Dieser Vermögensbegriff wird heute im wesentlichen von der Rechtsprechung und der Rechtslehre vertreten. So definiert Schönke-Schröder 2) das Vermögen als "die Gesamtheit der wirtschaftlichen Güter einer Person," Maurach 3) als "Gesamtheit der Güter, die der Verfügungsgewalt einer Person unterliegen." Im wirtschaftlichen Vermögensbegriff Maurachs liegt jedoch bereits ein Kompromiß mit der juristischen Betrachtungsweise.

In der Rechtsprechung des RG ist seit RGSt 44, 230 die wirtschaftliche Vermögens-
theorie vorherrschend, jedoch sind auch später Einschränkungen des wirtschaftli-
chen Vermögensbegriffs durch rechtliche Gesichtspunkte erfolgt, so z.B. in RGSt
65, 99. Der OGH und BGH haben den Vermögensbegriff des RG grundsätzlich
übernommen und die Rechtsprechung des RG hierzu ausdrücklich bestätigt 4).

c) Die juristisch-ökonomische Vermögens- theorie.

Einen vermittelnden Standpunkt nimmt die "juristisch-ökonomische Vermittlungs-
lehre" ein. Der Vermögensbegriff ist nach dieser Theorie ein wirtschaftlicher,
wenn auch auf die Rechtsordnung bezogener Begriff. Er geht über den privatrecht-
lichen Begriff der wohlerworbenen Rechte hinaus und bedeutet "den Inbegriff der
jemandem unter dem Schutze der Rechtsordnung zu Gebote stehenden wirtschaft-
lichen Werte." 5) Zum Vermögen gehören danach auch alle wirtschaftlichen
Belange einer Person, die unter dem Schutze der Rechtsordnung betätigt, oder in
einem geordneten Verfahren verwirklicht werden können 6).

Diesem vom RG ebenfalls vertretenen Vermögensbegriff haben sich Welzel 7)
und Nagler 8) angeschlossen. Nagler stellt besonders auf die rechtliche Verfü-
gungsbefugnis ab und versteht unter Vermögen den "Inbegriff der in der rechtli-
chen Verfügungsgewalt eines Rechtssubjektes stehenden, konkreten Wirtschaftsgüter."

Diese Vermögens-
theorie führt im allgemeinen zu befriedigenden Ergebnissen, sie
ist jedoch nicht in der Lage, die Beeinträchtigung von Werten, über die jemand
zwar nicht rechtlich, aber tatsächlich verfügt, wie z.B. den rechtswidrigen Be-
sitz, als Betrug zu bestrafen.

1) RGSt 16, 1 ff

2) § 263 Anm. VII

3) B. T. § 38 II B 4

4) OGH St 2, 193; BGH St 1, 264; 2, 364; 3, 99; 4, 373;

5) Nagler ZAKDR 1941, S. 294

6) RGSt 66, 285

7) a. a. o. S. 301

8) LK 6./7. Vorbem. vor § 249

d) Die personale Vermögenstheorie.

Die von Bockelmann 1) entwickelte Theorie geht in Abweichung von der traditionellen Betrachtungsweise vom Vermögenssubjekt aus. Sie stellt die Frage nicht dahin, was für Arten von Gütern als solche zum Vermögen gerechnet werden, sondern sie bestimmt den Umfang des Vermögens, sowie das Dasein und Ausmaß des Schadens nach dem berechtigten wirtschaftlichen Bedürfnis, "dem anerkenntswerten persönlichen Interesse des Vermögensträgers." Hierdurch soll vor allem eine individualisierende Entscheidung ermöglicht werden.

Diese Theorie ist zwar auch, wie jede Vermögenstheorie an rechtlichen und wirtschaftlichen Gesichtspunkten orientiert, aber das Vermögen ist für sie nicht eine gleichförmige Quantität von Gütern, es ist auch etwas anderes als eine Summe von Vermögensrechten. Seine normale Grenze bezeichnet der Betätigungsraum, den die Rechtsordnung für wirtschaftliches Handeln eröffnet.

Diese individualisierende, vom Ergebnis ausgehende Methode vermeidet Einseitigkeiten und gibt neue Einsichten, verzichtet aber auf einen verbindlichen Maßstab und ist Einwendungen aus § 2 ausgesetzt 2). Nagler 3) hält diese neueste personale Deutung des Betrugs für nicht dem Gesetz entsprechend, da nur der Träger des angegriffenen Vermögens verletzt sei.

II. DIE VERMÖGENSTHEORIEN ALS GRUNDLAGEN DER UNTERSUCHUNG.

1) Fallgestaltungen zur Konkretisierung und Abgrenzung des Problems.

An Hand einiger Beispiele soll zur Veranschaulichung des Problems aufgezeigt werden, bei welchen strafrechtlichen Tatbeständen es praktische Bedeutung erlangt.

a) A und B vereinbaren gemeinsam Diebstähle zu begehen. Die Beute, bzw. der Erlös hieraus sollen verabredungsgemäß beiden je zur Hälfte zustehen. A, der die Beute zunächst in Besitz hat, gibt dann B jedoch abredewidrig einen geringeren Anteil, sei es an Beute oder an Erlös, und gibt dabei vor, die Beute redlich geteilt zu haben. B unterläßt es daraufhin, den ihm noch zustehenden Restanteil von A zu fordern.

b) C verspricht der Dirne D, den von ihr geforderten Lohn zu bezahlen. Nach vollzogenem Geschlechtsverkehr entlohnt er sie mit Falschgeld, oder prellt sie in anderer, betrügerischer Weise um ihren Lohn.

1) Kohlr. Fshr. S. 226, 243; JZ 1952, S. 461 ff.

2) Lange in Kohlr. -L. § 263 Anm. V S. 579

3) LK 6/7. § 263 Anm. I, 1.

c) E verdingt sich dem F zur Begehung einer strafbaren Handlung, der ihm hierfür eine Belohnung verspricht, diese aber nach Ausführung der Tat nicht erhält.

Zur Entscheidung stehen somit nur Fälle, in denen der Getäuschte um rechtlich nicht anerkannte Ansprüche geprellt worden ist, ohne daß er selbst eine Leistung aus seinem rechtlich geschützten Vermögen erbracht hat.

Im Falle a) hatte der Getäuschte keinen Besitz an der Beute, um den er hätte betrogen werden können, im Falle b) kommt dem gewährten Geschlechtsverkehr kein Vermögenswert zu 1) desgleichen ist im Falle c) der Arbeitskraft, die zur Begehung einer strafbaren Handlung eingesetzt wird, die Anerkennung als Vermögenswert versagt 2).

Nicht hierher gehören deshalb z.B. die Fälle des sog. "Spritzens auf dem Schwarzen Markt", wenn der Schwarzhändler die Ware aus seinem Vermögen weggegeben hatte, der bezahlte gesetzliche Stopppreis aber nicht dem wirklichen, wirtschaftlichen Wert entsprach 3). Die an diesen Fällen einsetzende Frage nach der Schutzwürdigkeit solcher im Unrechtsverkehr eingesetzten Rechtsgüter braucht hier nicht entschieden zu werden 4).

Ob die in den Fällen a) - c) geschilderten Sachverhalte den Tatbestand des Betrugs erfüllen, hängt davon ab, ob die Getäuschten durch die Nichterfüllung dieser "Ansprüche" eine Vermögensbeschädigung erlitten haben. Da der Vermögensschaden eine Beeinträchtigung des Vermögens voraussetzt, ist zu prüfen, ob diese Ansprüche Bestandteile des Vermögens i. S. v. § 263 sein können.

2) Die Vermögensqualität der nichtigen Ansprüche nach den einzelnen Vermögentheorien.

a) Nach der juristischen Vermögentheorie sind Gegenstand des Betruges nur fremde Vermögensrechte. Da alle diese Ansprüche gemäß §§ 134, 138 BGB wegen Gesetzes- oder Sittenverstoßes nichtig sind, ein subjektives Recht des Getäuschten somit nicht entstanden ist, scheiden sie als taugliche Angriffsobjekte aus. Ihre betrügerliche Beeinträchtigung begründet deshalb keine Vermögensbeschädigung.

Zum Betrug bei nichtigen Ansprüchen nahm schon Merkel 5) Stellung, indem er feststellte: "Es kann der vermeintliche Gläubiger nicht um Forderungen betrogen werden, die er sich zu haben bloß einbildet, nicht um Ansprüche aus unerlaubten Geschäften, oder sonst als nichtige charakterisierte."

1) BGHSt 4, 373; a. A. jedoch Kohlhaas a. a. O.

2) Mezger StuB II § 57 V, 1 b;

3) hierzu eingehend Fischer a. a. O.

4) vgl. Bruns, Mezger-Fschr. S. 335 ff.

5) S. 101

Auch nach Binding 1) sind "untaugliche Objekte des Betruges die Inhaber von nichtigen Rechten, einerlei, von wannen diese Nichtigkeit stammt. Wer einen Kuppler um seinen Kupplerpelz prellt, wer eine Dirne benutzt, in der Absicht, ihr den versprochenen Lohn nicht zu bezahlen, der Beamte, der versprochene Gelder nimmt, die Absicht, eine Pflichtverletzung zu begehen, aber nur vorspiegelt, betrügt ebensowenig, wie derjenige, der einen Verbrecher gegen Lohn gedungen hat, mit der Mentalreservation, ihn darum zu bringen."

b) Betrachtet man die nichtigen Ansprüche unter Zugrundelegung der juristisch-ökonomischen Vermittlungslehre, so kommt man ebenfalls zu einer Ablehnung dieser Ansprüche als Vermögensbestandteil, da sie keine konkreten Wirtschaftsgüter darstellen und der rechtlichen Verfügungsgewalt eines Rechtssubjekts nicht unterstehen können.

In diesem Sinne haben sich deshalb auch die Vertreter dieser Theorie, wie Nagler 2), Frank 3), Kohlrausch-Lange 4) und Welzel 5) für die Ablehnung der nichtigen Ansprüche als Vermögenswerte ausgesprochen.

c) Nach der personalen Vermögenstheorie 6) bestimmt sich der Umfang des Vermögens nach dem berechtigten, wirtschaftlichen Bedürfnis, dem aner kennenswerten persönlichen Interesse des Vermögensträgers. Dem persönlichen Interesse sind deshalb insoweit Schranken gesetzt, als es nicht dem reinen Belieben des Vermögensträgers überlassen ist, welchen Gegenstand er zum Vermögensstück machen will, sondern seine normale Grenze bezeichnet der Betätigungsraum, den die Rechtsordnung für wirtschaftliches Handeln eröffnet.

Danach scheiden Ansprüche aus gesetz- oder sittenwidrigen Rechtsgeschäften als Vermögen aus, da die Sphäre des Unrechts und der Sittenwidrigkeit nicht zu dem Lebensraum gehört, auf dem der Einzelne den Schutz der Rechtsordnung beanspruchen kann.

d) Zusammenfassung:

Da die bisher zugrundegelegten Vermögenstheorien mehr oder weniger an der Rechtsordnung orientiert sind, mußten sie sämtlich zum gleichen Ergebnis führen: Ansprüche aus rechtlich oder sittlich mißbilligten Vereinbarungen ist die Anerkennung als Vermögenswert versagt, der Tatbestand des Betruges ist wegen Fehlens einer Vermögensbeschädigung nicht erfüllt.

1) S. 343, b)

2) LK 6/7 § 263, 4c; ZAkDR 41, 294;

3) § 263 V, 3c;

4) § 263 V, 1c;

5) § 53 I, 4a;

6) Bockelmann, JZ 1952, S. 464

Als einzige Theorie, welche noch zur Annahme einer Vermögensbeschädigung führen kann, bleibt somit nur die in Rechtsprechung und Schrifttum herrschende wirtschaftliche Vermögenstheorie.

Der weiteren Untersuchung des Problems soll jedoch zunächst die Beurteilung der nichtigen Ansprüche durch Rechtsprechung und Rechtslehre unter dem Einfluß der wirtschaftlichen Betrachtungsweise vorangestellt werden.

B. NICHTIGE ANSPRÜCHE UND IHRE BEURTEILUNG DURCH RECHTSPRECHUNG UND RECHTSLEHRE IM RAHMEN DER WIRTSCHAFTLICHEN VERMÖGENSTHEORIE.

I) STAND DER RECHTSPRECHUNG.

1) Die Rechtsprechung des Reichsgerichts.

Die Rechtsprechung des RG interessiert erst seit RGSt 44, 230 ff, da sich erst in dieser Entscheidung die wirtschaftliche Betrachtungsweise des Vermögens durchgesetzt hat. Unter der Geltung der juristischen Vermögenstheorie mußte den nichtigen Ansprüchen ein Vermögenswert notwendigerweise abgesprochen werden 1).

Das RG hat in der Folgezeit zur Frage der Anerkennung nichtiger Ansprüche nur einmal in RGSt 65, 99 ff ausdrücklich Stellung genommen. Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zu Grunde:

Das Wohnungsamt hatte der Zeugin B ein Recht auf Inanspruchnahme einer Vierzimmerwohnung eingeräumt und ihr darüber eine Vordringlichkeitsbescheinigung ausgestellt. Die B hatte den Angeklagten ermächtigt, ihre Rechte aus dieser Bescheinigung für ihre Rechnung gegen Entgelt ganz oder zum Teil an den Zeugen L abzutreten. Der Angeklagte hat diese Veräußerung vorgenommen und dafür von L 200. -- RM erhalten, das Geld aber, einem von vornherein gefaßten Vorsatz entsprechend, nur zum Teil an die B abgeführt, im übrigen aber für sich behalten.

Das RG kam zu dem Ergebnis, daß ein Betrug zum Nachteil der B nicht angenommen werden könne. In den Gründen führte das RG u. a. aus, daß "Voraussetzung für einen Betrug wäre aber immer, daß diese Ansprüche rechtlichen Bestand hätten, denn nur in diesem Falle würde ihre Nichtverfolgung eine Vermögensbeschädigung der B bedeuten. Die vertragliche Abrede war nichtig. Aus ihr konnte die B daher keinen Anspruch auf die 200. -- RM herleiten."

2) Kritik Grünhuts an RGSt 65, 99

Diese Entscheidung des Reichsgerichts wurde in einer Anmerkung von Grünhut 2) kritisiert. Die Stellungnahme ist vor allem deshalb bedeutsam, weil sowohl der OGH, als auch der BGH die Argumente Grünhuts in ihren Urteilen verwertet haben, was noch zu erörtern sein wird.

Grünhut stellte zunächst grundsätzlich fest, daß Betrug stets dann gegeben sei, wenn jemand zu vorbehaltloser Annahme einer Leistung, welche hinter der ge-

1) RGSt 19, 186; 21, 161; 27, 300;

betreffend "Ansprüche" aus unsittlichen, unerlaubten Handlungen.

2) JW 1932, 2434;

schuldeten Leistung zurückbleibt, durch Täuschung bestimmt werde. Die Vermögensverfügung bestehe sonach in der Unterlassung der Geltendmachung des Anspruchs. Zwar habe die Zeugin B keinen Anspruch gehabt, aber es sei fraglich, ob dies bei der herrschenden wirtschaftlichen Betrachtungsweise überhaupt noch wesentlich sein kann. Es könne doch nur darauf ankommen, ob der Getäuschte das Fehlende wirklich bekommen hätte, wenn ihm die volle Höhe seiner Forderung bekannt gewesen wäre und er geeignete Schritte unternommen hätte. Dies sei aber eine tatsächliche, nicht eine rechtliche Frage. Die Klage im Zivilprozeß sei nur ein Weg zur Realisierung einer Forderung. Unter Hinweis darauf, daß sowohl einredebehaftete, als auch unklagbare Forderungen durchaus einen Vermögenswert darstellen können, sofern nur mit ihrer Erfüllung tatsächlich gerechnet werden kann, kam Grünhut zu dem Ergebnis, daß Betrug auch dann vorliege, wenn bei Kenntnis der vollen Höhe des Erlangten der Getäuschte die rein tatsächliche Möglichkeit gehabt hätte, den vollen Betrag zu erhalten 1).

Die Entscheidung des Reichsgerichts fand jedoch im übrigen allgemeine Zustimmung, obwohl sie eine Einschränkung der wirtschaftlichen Vermögenstheorie und in der Begründung einen Rückgriff auf die überwundene juristische Vermögenstheorie darstellte. Erst die Nachkriegsrechtsprechung brach mit dieser bis dahin allgemein anerkannten Rechtsprechung des Reichsgerichts.

3) Die Rechtsprechung des OGH.

Der Oberste Gerichtshof der Britischen Zone hat in seiner Entscheidung OGHSt 2, 193 ff erstmals anerkannt, daß auch Ansprüche, die keinen rechtlichen Bestand haben, einen Vermögenswert im Sinne des § 263 StGB darstellen können. Der OGH hatte folgenden Fall zu entscheiden:

Der Angeklagte D verkaufte für den P verabredungsgemäß Butter auf dem Schwarzen Markt. D war an sich bereit und in der Lage, im Einklang mit den getroffenen Abreden an P als Kaufpreis für die abgenommene Butter weitere 100.000. -- RM zu zahlen, erklärte ihm jedoch, daß er für einen seiner Abnehmer beim Absatz der Butter ein "Lösegeld" von 100.000. -- RM aufbringen müsse. Der erbat P's Einverständnis zur Zahlung dieser Summe unter entsprechender Kürzung des Betrages, den er an P abzuführen hatte. Allerdings war D durch seinen Abnehmer ebenfalls getäuscht worden. Dieser hatte D wahrheitswidrig angegeben, er müsse selbst ein "Lösegeld" von 50.000. -- RM aufbringen. D glaubte ihm das auch und war unter der Voraussetzung, daß seine eigene Schuld an P um diesen Betrag gekürzt würde, zur Zahlung dieser Summe bereit. Der Angeklagte D benützte jedoch die Gelegenheit, um sich ebenfalls einen Vorteil von 50.000. -- RM zu verschaffen und nannte deshalb P gegenüber als "Lösegeld" den Betrag von 100.000. -- RM,

1) so ebenfalls in RG Praxis Bd. V. S. 116.

obwohl er von Anfang an entschlossen war, nur 50.000. -- RM an seinen Abnehmer abzuführen. P glaubte den bewußt falschen Angaben D's und erklärte sich einverstanden, daß D einen um 100.000. -- RM geringeren Betrag zahle, als ihren Abrechnungen entsprach. Die restlichen 50.000. -- RM behielt D für sich.

In der durch bewußte Täuschung herbeigeführten Verzichtserklärung P's sah der OGH die das Vermögen schädigende Verfügung. Unter Anerkennung des vom RG 1) aufgestellten Grundsatzes, daß es kein gegen Betrug ungeschütztes Vermögen gebe, glaubte er jedoch der einschränkenden wirtschaftlichen Vermögensauffassung der Rechtsprechung, welche Betrug nur bei Sachwerten, nicht aber auch bei rechtlich nicht anerkannten Ansprüchen bejahte, nicht folgen zu können. Der OGH schloß sich der Kritik Grünhuts 2) an und begründete seine Auffassung damit, daß es in der Tat nicht einzusehen sei, weshalb im Bereich der Sachwerte die wirtschaftliche Vermögensauffassung gelten, es im Bereich der Ansprüche aber darauf ankommen solle, ob sie rechtlichen Bestand haben. Einen wirtschaftlichen Wert habe auch ein rechtlich nicht bestehender "Anspruch", mit dessen Erfüllung dennoch gerechnet werden könne. Es sei kein Grund ersichtlich, weshalb ein solcher Wert nicht Gegenstand des Betrugs sein könnte. Auch bei rechtlich anerkannten Ansprüchen sei die Klage im Zivilprozeß oft nur ein Weg zu ihrer Durchsetzung. Oft seien Zahlungsfähigkeit, Zahlungswilligkeit und gesellschaftliche Bindungen des Schuldners entscheidend. Diese Umstände könnten auch "Ansprüchen", die an sich keinen rechtlichen Bestand haben, einen beträchtlichen wirtschaftlichen Wert verleihen.

Der OGH kam zu dem Ergebnis, daß D einen Betrug begangen habe, denn die Forderung wurde von beiden Teilen als zu Recht bestehend behandelt. Der Angeklagte wäre zahlungsfähig und offensichtlich nicht gesonnen gewesen, sich dem Rufe auszusetzen, eine aus einem Schwarzmarktgeschäft herrührende Forderung nicht bezahlt zu haben. P hätte deshalb, wenn er die Täuschung durch D durchschaut hätte, nicht auf die Zahlung der 100.000. -- RM verzichtet, sondern geeignete Schritte unternommen, diesen Betrag zu erlangen und hätte ihn nach den Feststellungen des Gerichts auch bekommen. In dem Verzicht P's auf einen Teil seiner Schwarzmarktforderung sei deshalb eine Vermögensbeschädigung zu erblicken.

4) Die Rechtsprechung des BGH.

Der BGH schlug ebenfalls den vom OGH vorgezeichneten Weg ein und entschied in seinem Urteil BGHSt 2, 364 ff:

"Auch die Forderung aus einem unsittlichen oder gesetzwidrigen Geschäft

1) RGSt 44, 230 ff

2) JW 1932, 2434

kann unter besonderen Umständen dem wirtschaftlichen Vermögen zugerechnet werden."

Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Der Angeklagte C, der bei dem Dortmund-Hörder Hüttenverein beschäftigt war, hatte gegen Ende des Jahres 1945 eine Drehbank, die in der Schlosserei des Werkes stand, weggeschafft und zu K gebracht. Dieser verwahrte sie für ihn in einem Schuppen seines Grundstücks. Nach der Währungsreform erteilte C dem K den Auftrag, die Drehbank zu verkaufen. Beide einigten sich, daß der Erlös zwischen ihnen je zur Hälfte geteilt werden sollte. K, der den unredlichen Erwerb der Drehbank inzwischen durchschaut hatte, trat mit der Vereinigten Rohrleitungsbau G. m. b. H. in Verbindung. Am 7. Oktober 1949 kaufte diese Firma die Drehbank zum Preise von 4.200. -- DM und zahlte den Kaufpreis an K. Dieser gewährte vom Erlös einem Werkmeister für die Vermittlung des Geschäftes 400. -- DM, so daß ihm 3.800. -- DM verblieben. Er gab sodann dem C als Verkaufserlös statt 3.800. -- DM nur 3.000. -- DM bekannt und händigte ihm demgemäß nur 1.500. -- DM aus, während er den Rest von insgesamt 2.300. -- DM für sich behielt.

Der BGH verurteilte C wegen Betruges.

In der Begründung führte der BGH aus, daß davon auszugehen sei, daß auch Werte, die jemand auf Grund von unsittlichen, gesetzwidrigen oder gar strafbaren Handlungen besitze, Gegenstand einer Vermögensbeschädigung im Sinne des § 263 StGB sein können. Er schließe sich insoweit der Rechtsprechung an, die mit der Entscheidung der Ver. Strafsenate des RG (RGSt 44, 230 ff) unter Aufgabe der früheren gegenteiligen Rechtsprechung eingeleitet und alsdann ständig aufrechterhalten wurde. Die erneute Prüfung der in RGSt 44, 230 dargelegten Gründe habe ergeben, daß diese auch noch heute Geltung hätten; dies um so mehr, als sich in neuerer Zeit die höchstichterliche Rechtsprechung in Strafsachen im Streben nach natürlicher Betrachtung und nach lebensgemäßen, befriedigenden Ergebnissen, immer mehr von der bürgerlich-rechtlichen Betrachtungsweise abgewendet und dem wirtschaftlichen Vermögensbegriff, besonders auf dem Gebiet des Betrugs und der Untreue, in ständig zunehmendem Maße Geltung verschafft hätte. Das RG habe zwar die in der Entscheidung RGSt 44, 230 ff aufgestellten Rechtsgrundsätze im weiteren Verlauf dahin eingeschränkt, daß im Verlust einer Forderung aus einem unsittlichen oder gesetzwidrigen Geschäft, sowie in der Unterlassung der Geltendmachung einer solchen Forderung kein Vermögensschaden gefunden werden könne, da sich das Wesen einer Forderung in ihren rechtlichen Bestand erschöpfe, dieser auch im Schrifttum herrschenden Ansicht könne sich der BGH aber nicht anschließen.

Unter Anerkennung der Rechtsprechung des OGH, der mit seiner Entscheidung im Anschluß an die Kritik Grünhuts dem RG bereits die Gefolgschaft versagt hatte,

kam der BGH ebenfalls zu dem Schluß, daß es nicht anerkannt werden könne, daß eine nichtige Forderung rechtsgrundsätzlich dem wirtschaftlichen Vermögen nicht zugerechnet werden könne und deshalb als Gegenstand eines Betruges schlechthin ausscheide, denn auch eine solche Forderung könne einen wirtschaftlichen Wert haben. So sei in erster Linie an geschäftliche, verwandtschaftliche, freundschaftliche, sonstige gesellschaftliche oder andere Bindungen zu denken, die den Schuldner veranlassen können, die wegen Nichtigkeit unklagbare Forderung zu begleichen, etwa um Nachteile zu vermeiden, die sich aus der Verweigerung der Zahlung ergeben könnten, gegebenenfalls aber auch aus Gründen anderer Art. Namentlich die Persönlichkeit des Gläubigers, des Schuldners, sowie das Verhältnis beider Partner zueinander könne dabei von Bedeutung sein.

Unter Hinweis auf die diesbezügliche Rechtsprechung des RG führte der BGH weiter aus, daß die Klagbarkeit bei wirtschaftlicher Betrachtung kein entscheidendes Merkmal sei. Deshalb könnten auch verjährte Ansprüche, Forderungen aus Spiel oder Wette und sogar Kundschaft, sowie andere Anwartschaften auf künftigen, mit Wahrscheinlichkeit zu erwartenden Vermögenszuwachs Gegenstand einer Vermögensbeschädigung im Sinne des § 263 StGB sein. Bei alledem handle es sich ebenfalls nicht um Rechte, sondern um tatsächliche Verhältnisse, die einen wirtschaftlichen Wert darstellen und deshalb zum Vermögen im Sinne des § 263 gehören.

Das RG habe sich auch in der Begründung der Entscheidung RGSt 65, 99 bei der Erörterung des Vermögensschadens auf bürgerlich-rechtliche Gesichtspunkte beschränkt und sei damit zum Begriff des "rechtlich geschützten Vermögens" zurückgekehrt, der schon in RGSt 44, 230 mit zutreffender Begründung abgelehnt worden sei. Für die strafrechtliche Würdigung sei jedoch der wirtschaftliche Vermögensbegriff maßgebend; daraus, daß im Falle des Verlustes einer nichtigen Forderung kein Schaden vom Privatrecht anerkannt werde, folge keineswegs, daß auch der Strafrichter den Vermögensschaden im Sinne des § 263 zu verneinen habe.

Der BGH nahm sodann zu der vom Schrifttum hie und da angestellten Erwägung, daß der widerrechtliche Erwerber nicht schutzwürdig sei, Stellung und lehnte diesen Einwand unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des RG zu Recht ab. In diesem Zusammenhang stellte der BGH fest, daß der Wesensgehalt des Verbrechens nicht zuletzt als Pflichtverletzung des Täters gewertet werden müsse. Die von dem Verbrecher betätigte Gesinnung und seine zutagegetretene Gefährlichkeit für die allgemeine Rechtsordnung sei entscheidend.

Ferner müsse es befremden, wenn man bei wirtschaftlicher Betrachtung der nichtigen Forderung eine andere Beurteilung, als der mit einem rechtlichen Makel behafteten Sache zuteil werden ließe. Die Strafbarkeit würde danach vom Zufall

abhängen, denn es käme in jedem einzelnen Falle nur darauf an, wie weit die Abwicklung des Geschäftes im Zeitpunkt der Täuschung bereits gediehen war. Ein solches Ergebnis würde der natürlichen, unbefangenen Betrachtung widersprechen.

Zwar könne ein nichtiger Anspruch dem Sachwert nicht schlechthin gleichgestellt werden, denn in einer großen Anzahl von Fällen werde einer nichtigen Forderung überhaupt kein wirtschaftlicher Wert zukommen. Nur in gewissen Fällen werde einer solchen Forderung nach der besonderen Sachlage, namentlich beim Bestehen wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit des Schuldners ein wirtschaftlicher Wert innewohnen; dies bedürfe in jedem Falle der besonderen Prüfung und Feststellung.

Aus allen diesen Erwägungen glaubte der BGH an der Rechtsprechung des RG nicht festhalten zu können.

Hinsichtlich des Dirnenlohnes nimmt der BGH jedoch weiter an, daß auch nach den Grundsätzen der Entscheidung BGHSt 2, 364, wie sie oben dargestellt wurden, keinen Betrug begehe, wer die Dirne um den vereinbarten Lohn prellt 1).

II. DIE BEURTEILUNG DER NICHTIGEN ANSPRÜCHE DURCH DIE RECHTSLEHRE UND IHRE STELLUNGNAHME ZU DEN ENTSCHEIDUNGEN DES OGH UND BGH.

Es konnte in der Folgezeit nicht ausbleiben, daß zu dieser neuen Rechtsprechung des OGH und BGH Stellung genommen wurde. So haben sich vor allem Bockelmann, Bruns, Maurach und Franzheim näher mit dem in den Entscheidungen aufgeworfenen Fragenkreis befaßt. Um zu einem Überblick über die verschiedenen Meinungen zu gelangen, erscheint es notwendig, die wesentlichsten Argumente anzuführen.

1) Stellungnahme Bockelmanns 2).

Bockelmann stellt zunächst fest, daß der BGH 3) mit seiner Entscheidung in Wirklichkeit von der Linie der reichsgerichtlichen Rechtsprechung zum wirtschaftlichen Vermögensbegriff gar nicht abgewichen sei, da es nicht zutreffe, daß das RG einen "grundsätzlichen Unterschied" zwischen den Fällen des Betruges gemacht habe, deren Gegenstand ein mit dem Makel unsittlichen oder gesetz-

1) BGHSt 4, 373;

2) JZ 1952, S. 485, 86;

3) eine gesonderte Berücksichtigung der Entscheidung des OGH erscheint daneben nicht erforderlich

widrigen Erwerbs behafteter Sachwert ist, und jenen, die eine wegen Unsittlichkeit oder Gesetzeswidrigkeit nichtige Forderung zum Gegenstand haben. Weiter lasse sich, entgegen der Ansicht des BGH, aus der RGSt 65, 99 der Grundsatz nicht ableiten, daß "Ansprüche immer rechtlichen Bestand haben müssen," um Gegenstand des Betrugs sein zu können.

Bockelmann kommt auf Grund einer grammatikalischen Interpretation der wesentlichen Entscheidungsgründe zu dem Ergebnis, daß das Wort "immer" vom RG nicht prinzipiell gemeint gewesen sei. Es sei dahin auszulegen, daß trotz mehrerer verfehlter Rügen das Urteil gleichwohl aufgehoben werden müsse. Keineswegs habe das RG gesagt, daß es beim Eingriff in nichtige Forderungen "immer" ebenso liegen müsse. Schon aus dem in RGSt 44, 230 aufgestellten Prinzip, daß es kein gegen Betrug ungeschütztes Vermögen gebe, ergebe sich, daß in der Beeinträchtigung einer nichtigen Forderung, sofern ihr nur auch ein faktischer Wert zukommt, ein Vermögensschaden liegen könne.

Bockelmann verweist sodann wie schon der OGH und BGH auf die Rechtsprechung des RG, welches auf Grund derartiger Erwägungen wegen Betrugs bestraft habe, wo eine unklagbare Forderung aus Spiel- und Wettverträgen vereitelt worden war. Das RG habe einer Spielforderung unter der Voraussetzung, daß der Forderung ein zahlungswilliger Schuldner gegenüberstand, oder daß sich jemand fand, der in der Hoffnung darauf, daß der Spielschuldner aus Rücksicht auf seinen Ruf doch zahlen werde, dem Gläubiger die Forderung abzukaufen bereit war, dem Vermögen zugerechnet. Unter solchen Voraussetzungen könne aber auch einer absolut nichtigen Forderung ein Vermögenswert i. S. von § 263 zuerkannt werden und sicherlich läge das auf der Linie der reichsgerichtlichen Vermögenstheorie. Das RG habe nämlich umgekehrt dann, wenn es seit RGSt 44, 230 bei Beeinträchtigung nichtiger Forderungen den Vermögensschaden verneinte, seine Entscheidung regelmäßig nicht mit der rechtlichen Nichtigkeit des Anspruchs allein, sondern damit begründet, daß er wegen dieser Nichtigkeit im konkreten Fall keine faktische Aussicht auf Erfüllung gehabt habe. Das sei der Sinn von RGSt 52, 154, 286 und RGSt 65, 99. Zur Abrundung des Bildes der reichsgerichtlichen Rechtsprechung zieht Bockelmann noch die Entscheidung des Reichsgerichts RGSt 48, 186 heran. Dort sei nicht nur ausgeführt, daß die Belastung mit einer anfechtbaren, sondern sogar, daß die Beschwerung des Vermögens mit einer von vornherein nichtigen Verpflichtung einen Vermögensschaden begründen könne, sofern die Gefahr bestand, daß der "Verpflichtete" aus Unkenntnis der Sach- und Rechtslage seine angebliche Verbindlichkeit erfüllen werde. Dies werde damit begründet, daß "für das Merkmal der Vermögensbeschädigung ausschließlich die tatsächliche wirtschaftliche Wirkung der Täuschung auf die Vermögensverhältnisse des Getäuschten ins Gewicht fällt." Da aber Vermögensschaden und Vermögenswert korrespondierende Begriffe seien, müsse also dann, wenn eine rechtsunwirksame

Verpflichtung einen Schaden für den vermeintlichen Schuldner darstelle, umgekehrt diese für den vermeintlichen Gläubiger je nach Sachlage einen Vermögenswert darstellen können.

Bockelmann will deshalb eine verschiedene rechtliche Beurteilung zwischen Sachwerten aus unsittlichem oder gesetzwidrigem Erwerb und Forderungen von entsprechend fragwürdiger Herkunft nicht Platz greifen lassen. Bei Forderungen komme es vom Standpunkt wirtschaftlicher Betrachtungsweise nur darauf an, ob sie beiteilbar, in anderer Form verwertbar sind, oder ob man mit der freiwilligen Leistung des Schuldners rechnen kann.

Bockelmann billigt insoweit die Entscheidung des BGH, da sie sich seiner Meinung nach durchaus im Rahmen der reichsgerichtlichen Rechtsprechung hält. Er kommt jedoch im Ergebnis zu einer vorsichtigen Ablehnung dieser Entscheidung, weil sie offenbar alle Fälle gleich behandeln will. Eine solche schematisierende Lösung des Betrugsproblems muß notwendigerweise in Widerspruch zu der von ihm vertretenen, individualisierenden personalen Vermögenstheorie geraten.

2) Stellungnahme von Bruns.

Bruns ist bereits in seiner Abhandlung "Die Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denken" auf die Frage des Betrugs bei rechtlich nicht bestehenden Ansprüchen näher eingegangen ¹⁾. Im Hinblick auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts zum Betrug bei Anwartschaften, Kundschaften u. s. w. erscheint es Bruns um so auffälliger, daß § 263 nicht anwendbar sein soll auf das betrügerische Abhalten von der Verfolgung rechtlich nicht bestehender Ansprüche, da nur im Falle ihres rechtlichen Bestehens die Nichtverfolgung eine Vermögensbeschädigung bedeuten würde. Er schloß sich der Kritik Grünhuts an, der seiner Meinung nach mit Recht gegen das Reichsgericht betont, daß im Hinblick auf die wirtschaftliche Natur des Vermögensbegriffes Betrug dann angenommen werden müsse, wenn der Getäuschte bei Kenntnis der vollen Höhe des Erlangten, die rein tatsächliche Möglichkeit gehabt hätte, den gesamten vereinbarten Betrag zu erhalten.

Bruns begründet seine Ansicht weiter unter Berufung auf die Entscheidung RGSt 65, 109, wo für den umgekehrten Fall der durch Betrug veranlaßten Übernahme einer rechtsunwirksamen Bürgschaft ganz unabhängig von der zivilrechtlichen Nichtigkeit, lediglich deren faktische Auswirkung, die tatsächliche Zwangslage berücksichtigt worden ist. Es sei zwar nicht zu verkennen, daß es sich in RGSt 65, 109 um die zivilrechtliche Nichtigkeit des das Vermögen tatsächlich schädigenden Rechtsgeschäfts und in RGSt 65, 99 um die Frage handelt, ob ein zivil-

1) a. a. O. S. 231 ff.

rechtlich nichtiger, aber tatsächlich verwertbarer Anspruch zum strafrechtlich geschützten Vermögen gehört, es müsse aber für beide Fälle die wirtschaftliche Betrachtungsweise in gleicher Weise entscheidend sein. Ebenso wie die tatsächliche Zwangslage das Vermögen in wirtschaftlicher Hinsicht zu schädigen geeignet sei, so könne auch die tatsächliche Möglichkeit, den nichtigen Anspruch zu realisieren, zum Vermögen im Sinne des § 263 rechnen. Wenn schon wirtschaftliche Gesichtspunkte den Begriff des Vermögens bestimmen, dann müssen sie in gleicher Weise gelten, unabhängig davon, ob der Geschädigte einen wirtschaftlichen Wert erhalten oder verlieren soll. Es sei schwer einzusehen, weshalb einmal die Übersetzung ins Tatsächliche durchgeführt, ein anderes Mal an der privatrechtlichen Vorformung sogar in vollem Umfang festgehalten werden soll.

Denselben Standpunkt vertritt Bruns auch in seinem Beitrag "gilt die Strafrechtsordnung auch für und gegen Verbrecher untereinander?" 1)

Bei wirtschaftlich-tatsächlicher Betrachtungsweise werde nicht die logisch abzuleitende rechtliche Geltung einer Forderung, nicht ihre juristische Existenz, sondern ihre empirisch bestimmbare Vollwertigkeit im Wirtschaftsleben, ihre tatsächliche Erfüllbarkeit, ihr faktischer Geldwert als Vermögensbestandteil anerkannt und strafrechtlich geschützt.

3) Stellungnahme Maurachs.

Eindeutig ablehnend verhält sich Maurach gegenüber dieser neuen Rechtsprechung an seinem Lehrbuch 2). Er hält die Auffassung der Nachkriegsjudikatur, welche auch auf dem Gebiete der rechtlich nicht anerkannten Ansprüche die wirtschaftliche Betrachtungsweise durchgesetzt hat und annimmt, daß auch ein rechtlich nicht anerkannter Anspruch unter Umständen wirtschaftlichen Wert haben könne, wenn mit seiner Erfüllung gerechnet werden konnte, für nicht überzeugend. Sie enthalte genau den gleichen *circulus vitiosus*, wie u. a. die Rechtsprechung zur makelbehafteten Sache und dem Anstellungsbetrug, welche den "persönlichen Einschlag" bei der Schadensberechnung so übersteigere, daß sie letzten Endes nicht wegen Betrugs, sondern wegen des höchstpersönlichen Gefühls des Getäuschten, betrogen worden zu sein, nach § 263 strafe.

4) Stellungnahme Franzheims.

Ausführlich hat sich Franzheim mit der Begründung der BGH-Entscheidung BGHSt 2, 364 in seinem Aufsatz "zur Strafbarkeit des Komplizen- und Dirnenbetruges" auseinandergesetzt. Er untersucht zunächst, ob die Argumente der wirt-

1) Mezger F Schr. S. 359

2) LB, B. T. S. 291

schaftlichen Vermögenstheorie stichhaltig sind und ob die faktische Realisierbarkeit, auf die die Entscheidungen des OGH und BGH im Anschluß an Grünhut abstellen, als Methode zu bestimmen, ob Forderungen zum Vermögen gehören, brauchbar ist. Er hält die Umstände, die zur Feststellung einer faktischen Realisierbarkeit führen können, z.B. Zahlungsfähigkeit, für zu sehr von Zufälligkeiten abhängig, als daß sie für die Frage, ob wegen Betrugs bestraft werden solle oder nicht, entscheidend sein könnten. Das Abstellen auf die faktische Realisierbarkeit könne beim Komplizen- und Dirnenbetrug zu unerwünschten Ergebnissen führen. Könne es z.B. für die Bestrafung des Komplizenbetrugs entscheidend darauf ankommen, ob der seinen - körperlich unterlegenen - Komplizen Täuschende ihn auch durch Brachialgewalt abhalten kann, mehr zu fordern, als er ihm freiwillig geben will? Dasselbe Problem trete auch auf, wenn die Dirne ihren Freier durch Zuhälter hätte zwingen können, den Dirnenlohn zu bezahlen. Aus diesen Gründen sei diese Methode, zu entscheiden, ob eine Forderung dem Vermögen zugerechnet werden könne, oder nicht, unbrauchbar.

Sodann kommt Franzheim unter Berücksichtigung der Lehren vom Verbrechen als Rechtsgutsverletzung, bzw. als Pflichtverletzung zu dem Ergebnis, daß es begrifflich kein schutzunwürdiges Rechtsgut geben könne, denn die Schutzwürdigkeit sei Wesensmerkmal des Rechtsgutes, um daran die Frage anzuknüpfen, ob die Forderungen, die keinen rechtlichen Bestand haben, dem Rechtsgut "Vermögen" zugerechnet werden können. Bei der Bewertung sei nicht auf das Interesse des Einzel-falles, sondern auf das Schutzbedürfnis ganzer Interessengruppen abzustellen. Eine Forderung, die keinen rechtlichen Bestand hat, weil sie auf einen sittenwidrigen Vertrag beruht, werde aber von der Gemeinschaft der Rechtsgenossen nicht als schutzwürdig angesehen. Ein sozial wertloser Anspruch sei nicht schutzbedürftig. Dem BGH sei entgegenzuhalten, daß das Strafrecht dem Rechtsgenossen nur die Pflicht auferlege, Handlungen zu unterlassen, welche die allgemeine Rechtsordnung gefährden oder verletzen. Werde durch die Handlung ein Rechtsgut nicht verletzt oder gefährdet, dann könne auch nicht die allgemeine Rechtsordnung bestrafen, ohne nachgewiesen zu haben, daß ein durch einen strafrechtlichen Tatbestand geschütztes Rechtsgut angegriffen worden ist.

5) Stellungnahme Welzels.

Nach Welzel ist das Vermögen ein wirtschaftlicher, wenn auch auf die Rechtsordnung bezogener Begriff, weshalb Forderungen, die keinen rechtlichen Bestand haben, nicht zum Vermögen gehören. Er lehnt deshalb auch die Entscheidung des BGH ab 1).

Die Stellungnahmen zu den beiden Entscheidungen des OGH und BGH zeigen die

1) a. a. O. S. 301, Ziff. 4a.

gesamte Problematik auf, welche mit der Einordnung der rechtlich nicht anerkannten Ansprüche unter den Begriff des wirtschaftlichen Vermögens verbunden ist. An Hand der angeführten Argumente, welche für und gegen die Entscheidungen vorgebracht worden sind, sollen diese auf ihre Richtigkeit überprüft werden.

C. PRÜFUNG DER ARGUMENTE, DIE FÜR UND GEGEN DIE ANERKENNUNG VON NICHTIGEN ANSPRÜCHEN ALS VERMÖGENSWERT SPRECHEN

I. DIE RECHTSPRECHUNG DES BGH, EIN KONSEQUENTES ERGEBNIS IN VER- FOLGUNG DES VOM REICHSGERICHT VERTRETENEN WIRTSCHAFTLICHEN VERMÖGENSBEGRIFFS?

In den Gründen der Entscheidungen des OGH und BGH wird zur Begründung der eigenen Auffassung auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts hingewiesen, wonach auch unklagbare Forderungen, Anwartschaften, Kundschaften usw. dem Vermögen dann zugerechnet werden, wenn sie einen wirtschaftlichen Wert darstellen. Es handle sich deshalb nur um eine konsequente Fortführung dieser Rechtsprechung, wenn auch rechtlich nicht anerkannte Ansprüche dem Vermögen zugerechnet werden, sofern mit ihrer Realisierung gerechnet werden kann. Bockelmann 1) stellt hierzu ausdrücklich fest, daß unter solchen Voraussetzungen einer absolut nichtigen Forderung ein Vermögenswert zuzuerkennen sei und das "läge sicherlich auf der Linie der reichsgerichtlichen Vermögenstheorie."

Eine solche Argumentation erscheint auf den ersten Blick durchaus zwingend und einleuchtend; muß aber nicht schon der Umstand, daß das Reichsgericht, obwohl es selbst in seinen Entscheidungen RGSt 16, 1 ff. und RGSt 44, 230 der wirtschaftlichen Vermögensauffassung zur allgemeinen Anerkennung verhalf, solchen Ansprüchen einen Vermögenswert absprach, Zweifel an der Stichhaltigkeit dieser Argumentation auslösen?

Sicherlich hätte das Reichsgericht diese naheliegende Konsequenz aus seiner Rechtsprechung gezogen, wenn es die darin entwickelten Grundsätze auf nichtige Ansprüche hätte angewandt wissen wollen. Es drängt sich deshalb die Frage auf, ob nicht grundsätzliche Unterschiede eine verschiedene Behandlung erfordern und eine Ausdehnung des wirtschaftlichen Vermögensbegriffs auf gesetz- oder sittenwidrige Ansprüche ausgeschlossen ist.

Erst auf Grund einer genauen Analyse der angeführten Entscheidungen des Reichsgerichts läßt sich die Frage entscheiden, ob die darin entwickelten Grundsätze auf nichtige Ansprüche übertragen werden können und ob sie die Anerkennung nichtiger Ansprüche als Vermögensbestandteil bedingen. Im folgenden soll deshalb die Rechtsprechung des RG zum wirtschaftlichen Vermögensbegriff unter besonderer Berücksichtigung der Bedeutung der faktischen Realisierbarkeit für den Vermögensbegriff dargestellt und untersucht werden.

1) JZ 1952, S. 486.

1) Die wirtschaftliche Betrachtungsweise in der reichsgerichtlichen Rechtsprechung

Da Betrug nur vorliegt, wenn der Betroffene eine Vermögensschädigung erlitten hat, stellte das RG in RGSt 16, 1 ff. fest, daß man die Vermögensbeschädigung im Sinne des § 263 "als die dem Getäuschten nachteilige Differenz zwischen dem Geldwerte zu definieren habe, welchen dessen Vermögen nach und infolge der durch die Täuschung hervorgerufenen Verfügung tatsächlich hätte, wenn die Täuschungshandlung nicht vorgekommen wäre." Aus diesem Begriff der Vermögensbeschädigung im Sinne des § 263 ergibt sich, daß dieselbe in ihrem Wesen mit dem zivilrechtlichen Interesse, welches der Getäuschte hat, nicht getäuscht worden zu sein, gleichbedeutend ist.

Diese Entscheidung stellte bereits eine Abkehr von der in der damaligen Zeit noch herrschenden, rein juristischen Vermögenstheorie dar, welche einen Vermögensschaden immer schon dann annahm, wenn der Geschädigte in einem formalen Recht beeinträchtigt wurde, oder nicht das erhielt, worauf er für seine Gegenleistung einen Rechtsanspruch hatte. Die wirtschaftliche Betrachtung des Schadens führte somit zu einer Beschränkung des juristischen Vermögensbegriffs auf vermögenswerte Rechte; als Vermögensbestandteile waren aber auch weiterhin nur Rechtspositionen anerkannt.

Mit der bekannten Plenarentscheidung der Vereinigten Strafsenate in RGSt 44, 230 ff. setzte sich die wirtschaftliche Auffassung vom Vermögen endgültig durch. In den zur Aburteilung stehenden Fällen hatten die vom Angeklagten getäuschten Frauen an ihn 10, - Mark bezahlt, ohne dafür einen entsprechenden Gegenwert zu erlangen. Das Abtreibungsmittel, das sie geliefert bekamen, war wertlos und untauglich und ein Anspruch auf ordnungsgemäße Erfüllung wurde aus dem nach § 138 BGB nichtigen Kaufgeschäfte für sie nicht begründet.

Ein Betrug war bis zu dieser Entscheidung stets dann abgelehnt worden, wenn der Getäuschte zu der Aufwendung, die er aus seinem Vermögen machte, durch die Vorspiegelung einer Gegenleistung bestimmt wurde, die eine unsittliche oder strafbare Handlung enthielt, denn es fehlte insoweit an einem Eingriff in das rechtlich geschützte Vermögen ¹⁾. Es war zwar anerkannt, daß den Getäuschten ein wirtschaftlicher Schaden dadurch entstanden war, daß sie Aufwendungen aus ihrem an sich geschützten Vermögen gemacht hatten, aber dieser stellte keinen Schaden im Rechtssinne dar, weil ein Rechtsanspruch auf die Gegenleistung nicht bestanden und § 817 S. 2 BGB die Rückforderung der eigenen Leistung ausgeschlossen hatte.

1) So die Entscheidungen: RGSt 19, 186; 21, 161; 24, 408;
RGSt 27, 300; 38, 423.

Dem trat das RG entgegen, indem es ausführte, daß sich der Gegensatz zwischen tatsächlichem (wirtschaftlichem) Schaden und Schaden im Rechtssinne nicht aufrechterhalten lasse, zum mindesten nicht in der strafrechtlichen Lehre vom Betrug. Der Schaden sei zunächst immer etwas Tatsächliches, etwas dem Menschen wirtschaftlich Fühlbares. Der Vermögensbegriff sei in erster Linie ein Begriff des wirtschaftlichen Lebens. Vermögen sei wirtschaftliche Macht, sei alles das, was für die wirtschaftlichen Verhältnisse einer Person Wert habe, somit ein Inbegriff von Werten, oder, da im System der Geldwirtschaft jeder Wert in Geld ausgedrückt werden könne: die Summe der geldwerten Güter einer Person.

Abschließend stellte das RG fest: "Für das Strafrecht kommt für § 263 nur die tatsächliche Wirkung in Betracht."

In der gleichen Entscheidung wurde auch der bis dahin angewendete Satz, daß beim Betrug ein Eingriff in das "rechtlich geschützte Vermögen" vorliegen müsse, als irreführend aufgegeben, denn er erwecke den Eindruck, als gäbe es auch ein Vermögen, das rechtlich nicht geschützt sei. Eine solche Unterscheidung gebe es aber nicht, denn dasjenige, was dem Vermögen einer Person angehört und was Bestandteil ihres Vermögens ist, genieße unter allen Umständen rechtlichen Schutz.

Die Erkenntnisse aus diesen beiden Grundentscheidungen haben in der Rechtsprechung des Reichsgerichts zum Vermögensbegriff ihren Niederschlag gefunden und zu einer Weiterentwicklung des wirtschaftlichen Vermögensbegriffs geführt.

Für die Frage der Anerkennung nichtiger Ansprüche interessiert vor allem der Einfluß der wirtschaftlichen Betrachtungsweise auf vergleichbare, von der Rechtsprechung anerkannte Vermögensbestandteile.

2) Beispiele aus der Rechtsprechung des RG für die Auswirkung der wirtschaftlichen Betrachtungsweise auf den Vermögenswert

a) Rechtswirksame Ansprüche

Als Ausgangspunkt einer systematischen Betrachtung der nichtigen Ansprüche ähnlichen anerkannten Vermögensbestandteile, sollen zunächst die rechtswirksamen Ansprüche als normale Erscheinungsform der Ansprüche erwähnt werden.

Der Anspruch im zivilrechtlichen Sinne gibt den Gläubigern das klagbare Recht, vom Schuldner eine bestimmte Leistung fordern zu können. Soweit diese Ansprüche auf vermögenswerte Leistungen gerichtet sind, gehören sie vermöge ihres formalen Daseins zum Vermögen des Gläubigers. Gegenstand eines Betrugs können sie jedoch nur dann sein, wenn ihnen auch ein konkreter wirtschaftlicher Wert innewohnt. Ein solcher liegt z.B. nur dann vor, wenn der Forderung ein zahlungs-

fähiger Schuldner gegenübersteht. So hat das RG in RGSt 16, 1, 7 entschieden, daß der wirtschaftliche Minderwert nicht durch das juristische Recht ersetzt werden könne.

b) Verjährte Ansprüche

Eine juristisch schwächere Position verleihen die verjährten Ansprüche. Auch sie sind noch im Klagewege erzwingbar, jedoch kann der Schuldner die Leistung verweigern. Allerdings kann das zur Befriedigung eines verjährten Anspruchs geleistete nicht zurückgefordert werden. § 222 I, II BGB. Verzichtet der Beschuldigte auf die Verjährungseinrede, so steht die verjährte Forderung einer nicht verjährten gleich. Für den wirtschaftlichen Wert einer solchen Forderung kommt es somit neben der Zahlungsfähigkeit auch auf die Zahlungswilligkeit des Schuldners entscheidend an 1).

c) Sonstige unvollkommene Verbindlichkeiten

Unvollkommene Verbindlichkeiten sind echte Forderungen, jedoch ohne Haftung, d.h. Unterworfenheit des Vermögens unter den Zugriff des Gläubigers 2). Sie sind zwar erfüllbar, aber nicht klagbar, dagegen kann das Geleistete nicht deshalb zurückverlangt werden, weil eine Verbindlichkeit nicht bestanden hat. Zu diesen unvollkommenen Verbindlichkeiten zählen vor allem die Spiel- und Wertschulden - § 762 BGB -, sowie der Ehemaklerlohn - § 656 BGB -.

Das Reichsgericht hat hierzu mehrere Entscheidungen erlassen.

In RGSt 36, 205, 208 bejahte das RG die Frage, ob auch klaglose Forderungen einen Vermögenswert darstellen können und führte aus: Der Spiel- und Wettvertrag ist ein Vertrag, der zwar nicht klagbar, aber erfüllbar ist, und deshalb hat auch die Forderung aus einem solchen Vertrag einen Vermögenswert, sofern der Forderung ein zahlungswilliger Schuldner gegenübersteht.

In RGSt 40, 21 ging das RG noch einen Schritt weiter und erkannte einer Spielforderung nicht nur dann einen Vermögenswert zu, wenn der Schuldner zahlungswillig ist, sondern unter Umständen selbst dann, wenn er dies nicht ist. Denn es ließe sich nicht so ohne weiteres von der Hand weisen, daß der Anspruch doch z.B. dann einen gewissen Wert hatte, wenn sich jemand fand, der in der Hoffnung darauf, der Schuldner werde mit Rücksicht auf seinen Ruf und den Ertrag aus ähnlichen Veranstaltungen (Preisgegnern) sich doch noch zur Zahlung bequemen, dem Gläubiger die Forderung abkaufte.

1) RGSt 44, 203

2) Palandt, 21. Aufl. Einl. 4 vor Buch II.

d) Anwartschaften und Aussichten

aa) In RGSt 63, 186, 191 ist zu diesem Problem eine Zusammenfassung der reichsgerichtlichen Rechtsprechung enthalten. Danach bildet nicht schon eine nur allgemeine Aussicht oder bloße Hoffnung, einen Vermögensvorteil zu erlangen, einen Vermögenswert, dessen Nichterzielung als Vermögensnachteil im Sinne von § 263 zu werten wäre, jedoch wird andererseits nicht gefordert, daß bereits ein rechtlich begründeter Anspruch vorliegt. Es genügt das Bestehen einer Sachlage, vermöge deren das Zuwachsen eines Vermögenswertes mit Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist. Die Vereitelung einer Hoffnung auf Vermögenserwerb ist dann keine Vermögensbeschädigung, wenn die Hoffnung eine ungewisse gewesen ist, oder in der bloßen Entziehung der Gelegenheit zu einem Verdienste, deren Eintritt von anderen ungewissen Ereignissen mit abhängt, bestanden hat 1).

bb) Zu einer solchen vermögenswerten Hoffnung berechtigt das zwischen dem Kaufmann und seiner Stammkundschaft bestehende Verhältnis. Denn, so führt das RG in E 71, 333 aus, es handelt sich bei den laufenden Geschäften des Kaufmanns mit seiner Kundschaft für die Zukunft nicht um nur ganz allgemeine, unbestimmte Aussichten, oder um bloße Hoffnungen auf künftige Gewinne, sondern um den mit großer Wahrscheinlichkeit zu erwartenden Nutzen eines vorhandenen, bestimmten Lebensverhältnisses. Es ist nicht erforderlich, daß bereits feste, rechtlich begründete Ansprüche vorliegen. Die betrügerische Abwerbung von Stammkunden begründet deshalb für den Kaufmann einen Vermögensschaden.

cc) Das RG sah in einem Falle 2), in dem der Getäuschte zur Gewährung eines höheren Rabattes veranlaßt worden war, in dem Entgehen eines Gewinnes im geschäftlichen Verkehr eine Vermögensbeschädigung. Die Firma hätte nämlich, wenn ihr Inhaber nicht getäuscht worden wäre, unter normalen Geschäftsverhältnissen und bei regelmäßigem Geschäftsgange die gelieferten Beschläge zu dem üblichen Einzelpreis verkaufen können. Als entgangener Gewinn wäre derjenige anzusehen, welcher nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte.

Die aufgeführten Entscheidungen und ihre wesentliche Begründung geben in ihrer Gesamtheit einen für die Untersuchung ausreichenden Überblick über den vom Reichsgericht vertretenen wirtschaftlichen Vermögensbegriff, um die Anerkennung nichtiger Ansprüche danach beurteilen zu können.

1) RGSt 41, 375

2) RGSt 38, 108

3) Die Anwendung der wirtschaftlichen Betrachtungsweise des Reichsgerichts durch die neuere Rechtsprechung auf nichtige Ansprüche

Vergleicht man die Argumente, welche die neuere Rechtsprechung zur Anerkennung von nichtigen Ansprüchen als Vermögenswert im Sinne von § 263 StGB bewogen haben, so kann ihnen bei oberflächlicher Betrachtung eine gewisse Durchschlagskraft nicht abgesprochen werden. Die Anerkennung dieser nichtigen Ansprüche erscheint danach als ein konsequentes Ergebnis der in der reichsgerichtlichen Rechtsprechung entwickelten wirtschaftlichen Betrachtungsweise.

So hat das RG bei Aussichten auf Vermögenserwerb, mögen sie auf einem rechtlich vollwertigen oder unvollkommenen Anspruch oder auf einem sonstigen konkreten Lebensverhältnis, als dessen Nutzen der Vermögenserwerb erscheint, beruhen, stets die Umstände des Einzelfalles einer Prüfung dahin unterzogen, ob der Betrogene ohne die Täuschung mit Wahrscheinlichkeit einen Vermögensvorteil erlangt hätte, oder ob die Aussicht nur als eine unbestimmte, durch keine besonderen Tatsachen als berechtigt erscheinende, anzusehen war.

Als solche Umstände, aus denen sich die sog. faktische Realisierbarkeit eines Vermögenswertes herleiten läßt, waren in den Entscheidungen des RG neben geschäftlichen und verwandtschaftlichen auch alle sonstigen Verhältnisse geeignet, die den "Schuldner" veranlaßt hätten, den "Anspruch" zu erfüllen, wenn der "Gläubiger" die Täuschung erkannt und auf der Erfüllung bestanden hätte. Wenn sich nun die neuere Rechtsprechung diese Grundsätze zu eigen gemacht hat und für den Vermögenswert eines nichtigen Anspruches die Möglichkeit seiner Realisierbarkeit bestimmend sein ließ, so scheint diese Methode nur eine Weiterführung der reichsgerichtlichen Rechtsprechung zu sein. Läßt sich z. B. aus den Umständen des Einzelfalles entnehmen, daß der Diebeskumpen seinem Komplizen die Hälfte der Beute, wie vereinbart, ausgehändigt hätte, wenn dieser die Täuschung über den tatsächlichen Umfang der Beute erkannt und seinen ihm zustehenden Anteil gefordert hätte, so kommt diesem nichtigen Anspruch, wenn man allein die Frage der faktischen Realisierbarkeit für seinen Vermögenswert entscheidend sein läßt, nach diesen Grundsätzen ein wirtschaftlicher Wert zu. Die auf Grund der Abrede bestehende Aussicht auf Vermögenserwerb war durch die Erfüllungsbereitschaft zu einer konkreten, geldwerten Aussicht erstarkt, der nichtige Anspruch zu einem faktisch realisierbaren geworden, von dessen Geltendmachung der Komplize jedoch durch Täuschung abgehalten worden war. Der Vermögensschaden besteht dann, in Fortführung der vom RG in RGSt 16, 1 ff. entwickelten Grundsätze, in der Differenz zwischen der Vermögenslage, die vor der Täuschung bestanden hat und der, die bestehen würde, wenn die Täuschung unterblieben wäre, konkret ausgedrückt, in dem Wert des dem Komplizen vorenthaltenen restlichen Beuteanteils.

Dem BGH ist, stellvertretend für die neuere Rechtsprechung, darin zu folgen, daß die Anerkennung solcher, auf gesetz- oder sittenwidrigen Vereinbarungen beruhenden Ansprüche als Vermögenswert nicht daran scheitern kann, daß sie nicht im Zivilrechtsweg einklagbar sind, denn die Klagbarkeit fehlt auch den Spiel- und Wertschulden, die aber, z. B. bei Zahlungswilligkeit des Schuldners, wirtschaftlich vollwertigen Ansprüchen gleichgesetzt werden.

Für das Strafrecht kommt es insoweit weniger auf die juristische, als wesentlich auf die tatsächliche Realisierbarkeit einer Forderung an, denn eine Forderung, der ein zahlungsunfähiger Schuldner gegenübersteht, ist trotz ihrer juristischen Klagbarkeit wertlos, dagegen kommt umgekehrt einer zwar nicht klagbaren, aber tatsächlich realisierbaren Forderung ein wirtschaftlicher Wert zu.

Hier sei kurz eingefügt, daß die Bedenken Franzheims 1) gegen die Methode, den Vermögenswert generell nach seiner faktischen Realisierbarkeit zu bestimmen, nicht geeignet sind, die Methode als solche grundsätzlich in Frage zu stellen. Man wird ihm insoweit folgen können, daß die Feststellung, die Erfüllung solcher nichtigen Ansprüche hätte durch Gewalt oder sonstige verwerfliche Mittel erreicht werden können, nicht zur Anerkennung als Vermögenswert führen kann. Die faktische Realisierbarkeit wird man nur dann als gegeben ansehen dürfen, wenn die Umstände des Einzelfalles ergeben, daß die Erfüllung dieser nichtigen Ansprüche freiwillig erfolgt wäre. Die Freiwilligkeit der Erfüllung ist nicht dadurch ausgeschlossen, daß sich der täuschende "Schuldner" in einer durch verwandtschaftliche oder durch sonstige Verhältnisse bedingten Zwangslage befunden haben mag, die ihm die Erfüllung ratsam erscheinen ließ, denn hierbei handelt es sich nur um ein Motiv, während die Willensbildung nicht durch unzulässige Einwirkungen von außen beeinflusst wird. In den Entscheidungen des RG ist zwar auf die Freiwilligkeit der Erfüllung nicht besonders abgestellt, sie ist jedoch stillschweigend vorausgesetzt; die zur Entscheidung stehenden Sachverhalte gaben auch keinen Anlaß zur Nachprüfung unter diesen Gesichtspunkten. Lediglich bei Bockelmann 2) wird die Freiwilligkeit der Erfüllung kurz erwähnt, der hinsichtlich der wirtschaftlichen Betrachtungsweise von Forderungen darauf abstellt, ob sie beitreibar sind, oder ob man mit der freiwilligen Leistung des Schuldners rechnen kann.

Mit Ausnahme dieser Beschränkung auf die Freiwilligkeit der Leistung ist jedoch daran festzuhalten, daß der wirtschaftliche Wert einer Forderung durch die Möglichkeit ihrer Realisierbarkeit bestimmt wird.

Wenn das Reichsgericht in seiner Entscheidung RGSt 65, 100 trotz grundsätzlicher Anerkennung einer nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten ausgerichteten Betrachtung

1) a. a. O. S. 274

2) JZ 52, 486

tungsweise des Vermögens forderte, daß Ansprüche immer rechtlichen Bestand haben müssen, um Gegenstand des Betrugs sein zu können, so scheint es sich mit seinem wirtschaftlichen Vermögensbegriff in Widerspruch gesetzt zu haben, wie es auch der BGH und das ihm folgende Schrifttum behaupten. Danach kommt es für die Anerkennung als Vermögenswert nicht auf die formale Rechtsposition, den Grad der rechtlichen Verformung, sondern auf den konkreten wirtschaftlichen, in Geld ausdrückbaren Wert, an. Die unterschiedliche Behandlung von Ansprüchen danach, ob sie juristisch anerkannt, oder wegen Gesetzes- oder Sittenverstößes nichtig und deshalb keine Ansprüche im rechtlichen Sinne darstellen, scheint auf dem überholten juristischen Vermögensbegriff zu beruhen, so daß dieser Rechtsprechung des RG im Hinblick auf den allgemein anerkannten wirtschaftlichen Vermögensbegriff zu Recht die Gefolgschaft versagt worden zu sein scheint. Die Anerkennung nichtiger Ansprüche sei, so wird behauptet, nur das Ergebnis einer konsequenten Anwendung der wirtschaftlichen Betrachtungsweise und liege im Rahmen der reichsgerichtlichen Vermögenstheorie. So betrachtet stellen die nichtigen Ansprüche das letzte Glied einer konstruierten Kette dar, die, nach juristischen und wirtschaftlichen Gesichtspunkten geordnet, von den vermögenswerten, rechtlich anerkannten Ansprüchen ausgeht und über die mit schwächerer rechtlicher Natur ausgestatteten Ansprüche, die juristisch nicht mehr vorgeformten, jedoch wirtschaftlich anerkannten Aussichten und Hoffnungen auf Vermögenserwerb, bis zu den nichtigen, von der Rechtsordnung mißbilligten Ansprüchen reicht.

Die Begründung des BGH trägt die getroffene Entscheidung jedoch nur, wenn diese wirtschaftliche, auf die faktische Realisierbarkeit abstellende Betrachtungsweise ohne weiteres auch auf die - weil rechtlich mißbilligt - nichtigen Ansprüche übertragen werden kann. Wenn auch die wirtschaftliche Betrachtungsweise als generelles Prinzip zur Bestimmung des Vermögensschadens anerkannt ist, so können ihr doch durch die allgemeine Rechtsordnung Grenzen in ihrer Anwendung gesetzt sein und diese festzustellen, gibt diese Untersuchung umso mehr Anlaß, als die Anerkennung nichtiger Ansprüche den von der Rechtsprechung bisher gesteckten Rahmen, innerhalb dessen wirtschaftliche Positionen als Vermögenswert anerkannt worden sind, gesprengt und zur Anerkennung von Erwerbschancen geführt hat, die von der allgemeinen Rechtsordnung eindeutig mißbilligt werden. Die damit hergestellte rechtliche Gleichstellung von Vermögenswerten, die in der allg. Rechtsordnung ihre Stütze haben und solchen, die außerhalb der Rechtsordnung begründet sind, stellt ein Ergebnis dar, das einer genauen Prüfung unterzogen werden muß. Es ist deshalb notwendig, die Entscheidungen des Reichsgerichts einer Analyse hinsichtlich der zugrunde liegenden Tatbestände und ihrer Beziehung zur Rechtsordnung zu unterziehen, um die Grenzen der wirtschaftlichen Vermögensbegriffe, wie sie das RG gezogen hat, aufzuzeigen und zu prüfen, inwieweit nichtige, aber faktisch realisierbare Ansprüche in einen solchen Vermögensbegriff eingeordnet werden können oder sogar müssen.

4) Der Einfluß der Rechtsordnung in den vom RG unterschiedenen Fällen und seine Bedeutung für die nichtigen Ansprüche

Versucht man, die Entscheidungen des Reichsgerichts, in denen die wirtschaftliche Vermögensauffassung eine Rolle spielt, in ein System zu bringen, so lassen sich im wesentlichen 2 Gruppen von Vermögenswerten feststellen, und zwar

- a) vermögenswerte Rechtspositionen, wie z.B. Vollrechte, verjährte oder sonst unvollkommene Verbindlichkeiten und Anwartschaften im rechtlichen Sinne,
- b) rechtlich nicht vorgeformte Anwartschaften, die auf einer Sachlage beruhen, vermöge deren das Zuwachsen eines Vermögenswertes mit Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist, wie berechnigte Aussichten, Hoffnungen usw.

a) Die Vermögenswerte der ersten Gruppe zeichnen sich gegenüber denen der zweiten Gruppe dadurch aus, daß sie durch die Privatrechtsordnung ihre rechtliche Regelung und Ausgestaltung erfahren haben, insbesondere eine rechtlich geschützte Position darstellen. So kann vor allem das auf Grund von unvollkommenen Ansprüchen Geleistete nicht zurückgefordert werden ¹⁾. Es handelt sich um echte Forderungen, denen lediglich eine Erzwingbarkeit im Zivilrechtswege fehlt, die aber nach ihrer Erfüllung vollwertigen Ansprüchen gleichstehen. So sind Spiel- und Wetschulden echte Schulden und ihre betrügliche Beeinträchtigung kann eine Vermögensschädigung begründen. Ob ihnen ein wirtschaftlicher Wert innewohnt, bestimmt sich nach der Zahlungsfähigkeit und Zahlungswilligkeit des Schuldners, er kann auch in der Erfüllungsbereitschaft eines Dritten begründet sein. Die faktische Realisierbarkeit tritt somit gleichsam wertverleihend zu einer formalen Rechtsposition hinzu. Der rechtliche Mangel kann danach durch die faktische Realisierbarkeit ausgeglichen werden.

An einer solchen vergleichbaren Rechtsposition fehlt es jedoch bei den wegen Gesetzes- oder Sittenverstoßes nichtigen Ansprüchen eines Ganoven auf Diebesbeute, Schmiergeld usw. Durch verbrecherische Abreden kann keine Schuld des Versprechenden begründet werden, der Partner keinen irgendwie rechtlich ausgestalteten Anspruch erwerben. Es liegt vielmehr im Belieben des "Schuldners", seiner Zusage treu zu bleiben und den "Anspruch" zu erfüllen, er kann jedoch nicht mit Hilfe der Rechtsordnung zur Erfüllung herangezogen werden. Grundlage solcher Ansprüche ist somit allein das Vertrauen der Ganoven zueinander.

Für die rechtliche Beurteilung dieser nichtigen Ansprüche kann es nicht entscheidend sein, daß diese Forderungen unter den Verbrechern als zu Recht bestehend behandelt werden, oder - wie es Hellmuth Mayer ²⁾ ausdrückte -, daß die Ver-

¹⁾ Vgl. §§ 222 II; 656 I; 762 I BGB.

²⁾ Zitiert von Bruns in MFSchr. S. 350, Anm. 3

teilung jedes Beutestückes unter den Genossen eine "Kulturnorm" darstelle. Es bedarf wohl keiner näheren Begründung, daß für die rechtliche Beurteilung nichtiger Ansprüche allein die von der Rechtsgemeinschaft geschaffene Rechtsordnung entscheidend sein kann. In diesem Sinne hat schon Eckstein 1) eindeutig Stellung genommen und ausgeführt, daß es unrichtig wäre, auf Grund der Tatsache, daß unsittliche Forderungen unter gewissen Personen eine gleiche Rolle wie rechtlich geschützte Forderungen spielen und wie jene mit der gleichen Regelmäßigkeit erfüllt werden, die Möglichkeit eines Betrugs anzunehmen. Sie spielen eben nur die Rolle von Vermögenswerten, sind aber nicht selbst solche, denn jeder müsse wissen, daß solche Ansprüche nicht eingefordert und nicht erfüllt werden dürfen. Außerdem spielen diese Ansprüche auch nur unter unsittlichen Personen die Rolle von Vermögenswerten, unter ehrlichen nicht; und das Recht könne nicht etwa darauf Rücksicht nehmen, daß unter der Voraussetzung der Unsittlichkeit des "Berechtigten" die Forderung für ihn einen Wert repräsentiert. Der Verzicht auf eine unsittliche Forderung könne deshalb keinen Vermögensschaden bewirken.

Die den unsittlichen Forderungen zudiktierte Nichtigkeit ist auch mit der "Unvollkommenheit" nicht vergleichbar. So sind z. B. die Spiel- und Wetschulden nicht deshalb "unvollkommen", weil sie auf rechts- oder sittenwidrigen Vereinbarungen beruhen würden, sondern nur die in Spiel und Wette liegende Gefährlichkeit führt die Rechtsordnung dazu, beiden Verträgen eine geminderte Wirksamkeit beizulegen 2). Dem Gläubiger bleibt somit sein Anspruch erhalten, während der Gläubiger eines nichtigen Anspruchs nichts fordern kann, sein Anspruch ist rechtlich nicht existent, ein nullum.

Die nichtigen Ansprüche können somit nicht in die erste Gruppe von Vermögenswerten eingeordnet werden, weil sie keine vergleichbare Rechtsposition verleihen.

b) Es bleibt ferner zu prüfen, ob die Einordnung dieser nichtigen Ansprüche in die zweite Gruppe von Vermögenswerten möglich ist. Hierzu bieten sich die in RGSt. 63, 186 ff. zusammengefaßten Kriterien als Prüfungsmaßstab an, wonach Aussichten und Hoffnungen dann einen Vermögenswert haben können, wenn eine Sachlage besteht, vermöge deren das Zuwachsen eines Vermögenswertes mit Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist. Mit dieser Begründung hat das Reichsgericht den Umfang des geschützten Vermögens auch auf anerkannte, wirtschaftliche Positionen ausgedehnt, die zwar eine rechtliche Ausgestaltung nicht erfahren haben, die jedoch im Wirtschaftsleben einen konkreten Vermögenswert darstellen, wie z. B. die Kundschaft des Kaufmanns, die begründete Aussicht auf Erteilung eines gewinnbringenden Zuschlags, den Gewinn aus einer gewerblichen Tätigkeit, um aus der umfangreichen Rechtsprechung nur einige Beispiele hierfür zu nennen.

1) a. a. O. S. 77.

2) Palandt: § 762 Anm. 1A.

Diese tatsächlichen Aussichten auf Vermögenserwerb hatten sich im Zeitpunkt der Täuschung schon zu einem konkreten Bestandteil des Vermögens verdichtet und stellten das Ergebnis einer erlaubten Tätigkeit dar. Ihre Beeinträchtigung hatte deshalb einen gegenwärtigen, nicht erst zukünftigen Vermögensschaden zur Folge. Bei all diesen Aussichten bestand ein echtes Bedürfnis der beteiligten Kreise nach strafrechtlichem Schutz, der bei der rein juristischen Betrachtungsweise des Vermögensschadens nicht gewährleistet gewesen wäre, denn diese rein wirtschaftlichen Tatbestände haben meistens keine rechtliche Vorformung erfahren und sind oft einer solchen gar nicht zugänglich. Wie sollte z. B. das Verhältnis Kaufmann-Stammkunde, das auf der zwischen ihnen infolge laufender Geschäfte entstandenen persönlichen Beziehung beruht, die vom Vertrauen des Kunden in die Redlichkeit und Leistungsfähigkeit des Kaufmanns getragen ist, in juristische Formen gefaßt werden? Gleichwohl sind diese Beziehungen vermögenswerter Natur, denn der Kaufmann kann auf Grund der mit der Stammkundschaft immer wieder neu zustandekommenden Geschäfte Gewinne erzielen und auch in Zukunft mit sicheren Einnahmen rechnen. Der Wert seines Unternehmens wird somit auch durch den Umfang und die Treue seiner Stammkundschaft bestimmt und findet im sog. good-will seinen Niederschlag.

Wenn nun ein Dritter in diese vermögenswerten Beziehungen mit betrügerischen Mitteln eindringt und die Kundschaft dem bisherigen Partner entzieht, so entsteht diesem ein finanzieller Verlust in Höhe des ihm durch diese Täuschung entgangenen Gewinnes. Bei wirtschaftlicher Betrachtung des Vermögensschadens ist ihm deshalb ein Schaden, der auch in Geld ausdrückbar ist, entstanden. Die Anerkennung solcher tatsächlichen Gewinnchancen als Vermögensbestandteile und die Bestrafung wegen Betruges entsprach einem echten Bedürfnis der Beteiligten, dem das RG in seiner Rechtsprechung Rechnung trug, indem es sich von der juristischen Vermögenstheorie abwandte und der wirtschaftlichen Betrachtungsweise des Vermögens Raum gab.

Für uns stellt sich somit die Frage, ob die auf nichtigen Vereinbarungen beruhenden nichtigen Ansprüche als im Sinne der Rechtsprechung des Reichsgerichts vermögenswerte, tatsächliche Aussichten auf Vermögenserwerb angesehen werden können.

Stellt man mit dem Reichsgericht darauf ab, ob der Getäuschte um einen mit Wahrscheinlichkeit zu erwartenden Vermögenszuwachs geprellt worden ist, so wird man die zwischen den Verbrechern trotz Nichtigkeit der Vereinbarungen tatsächlich bestehenden persönlichen Beziehungen als eine Sachlage ansehen müssen, auf Grund derer mit dem Zuwachs eines Vermögenswertes hätte gerechnet werden können. Die rechtliche Nichtigkeit dieser Ansprüche schließt die Annahme eines solchen konkreten Lebensverhältnisses nicht aus; sie kann die Tatsache, daß Vereinbarungen tatsächlich getroffen worden sind und vielfach auch eingehalten

werden, nicht beseitigen. Wenn nun der BGH solche nichtige, aber realisierbare Ansprüche bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise den vom Reichsgericht anerkannten Sachverhalten gleichsetzte, so scheint sich eine solche Rechtsprechung im Rahmen der reichsgerichtlichen Vermögensauffassung zu halten. Danach ist ein Vermögensschaden immer dann gegeben, wenn der Getäuschte seinen Anspruch tatsächlich hätte realisieren können. Der BGH hat jedoch bei seiner Entscheidung in diesem Zusammenhang nicht berücksichtigt, daß der Vermögenszuwachs auf einem Sachverhalt beruhte, der mit der Rechtsordnung in Widerspruch stand, da der Erwerb auf ungesetzliche, verbotene Weise erfolgt wäre. Für die Anerkennung der nichtigen Ansprüche kommt es deshalb darauf an, ob dieser Unterschied im Sachverhalt so bedeutsam ist, daß er eine Anwendung der vom Reichsgericht entwickelten wirtschaftlichen Betrachtungsweise auf solche Sachverhalte, wie sie die neuere Rechtsprechung zu beurteilen hatte, ausschließt, oder ob die Annahme von Betrug bei nichtigen Ansprüchen sich im Rahmen der reichsgerichtlichen Rechtsprechung hält, wie es Bockelmann behauptet. Es liegt deshalb nahe, zunächst die Entscheidungen des Reichsgerichts dahin einer Prüfung zu unterziehen, ob dem wirtschaftlichen Vermögensbegriff Grenzen gesetzt sind, und gegebenenfalls ihre Auswirkung auf nichtige Ansprüche festzustellen.

Die Entscheidung RGSt 44, 230 enthält in ihrer Begründung einen für die aufgeworfene Frage bedeutsamen Satz, der in seiner Tragweite weder vom OGH, noch vom BGH und den ihnen folgenden Vertretern im Schrifttum berücksichtigt worden ist. Im Hinblick auf die Anerkennung wirtschaftlicher Vermögenswerte, die rechtlich nicht vorgeformt sind, ist ausgeführt: "Nirgends handelt es sich hier um wohl-erworbene, juristische Rechte; in Frage stehen vielmehr nur tatsächliche und wirtschaftliche Verhältnisse, Erscheinungen des Verkehrslebens, die aber, weil auf rechtlicher Grundlage beruhend, nach der Auffassung der Beteiligten einen Vermögenswert darstellen und deshalb ebenso wie der Besitz, Gegenstand eines Vermögensschadens sein können."

Hieraus ergibt sich bereits, welche Motive für die Anerkennung von Vermögenswerten im wirtschaftlichen Sinne maßgebend gewesen sind. Keineswegs läßt sich daraus der Schluß ziehen, daß alle tatsächlichen Verhältnisse Grundlage eines Vermögenswertes sein können, vielmehr nur solche, die auf rechtlicher Grundlage beruhen. Es sollte die Kluft zwischen Vermögen im rein rechtlichen und im wirtschaftlichen Sinne überbrückt werden und der Anerkennung wirtschaftlicher Werte durch das Strafrecht kam nur noch deklaratorische Bedeutung zu, da diese Vermögenswerte im Wirtschaftsleben bereits als solche anerkannt waren. Im Gegensatz hierzu kommt nichtigen Ansprüchen im Wirtschaftsleben kein Vermögenswert zu, denn die nichtigen Vereinbarungen, auf denen sie beruhen, stellen keinen vergleichbaren wirtschaftlichen Tatbestand dar. Die Vermögensbildung durch verbrecherische Betätigung vollzieht sich vielmehr außerhalb der Rechtsordnung und

kann nicht als wirtschaftliche Betätigung angesehen werden, denn eine solche liegt nur dann vor, wenn geistige und materielle Kräfte in erlaubter Weise zur Erlangung von Mitteln für die Bedürfnisbefriedigung eingesetzt werden. Die rechtliche Mißbilligung dieser Sachverhalte steht somit einer Anerkennung als wirtschaftlicher Vermögenswert entgegen. Daran kann auch nichts ändern, daß nichtigen Ansprüchen von den Verbrechern ein Vermögenswert zuerkannt wird, denn die Auffassung der beteiligten Kreise kann nur dann relevant sein, wenn sie an der allgemeinen Rechtsordnung orientiert ist. Innerhalb der Rechtsordnung kann der Auffassung solcher Beteiligter, die sich bewußt außerhalb der Rechtsordnung gestellt haben, nicht Rechnung getragen werden.

Wenn das Reichsgericht deshalb in seiner Entscheidung RGSt 65, 99 den nichtigen Ansprüchen die Anerkennung versagt hat, so ist dies nur eine Folge des in RGSt 44, 230 bereits niedergelegten Grundsatzes, daß nur solchen tatsächlichen Verhältnissen ein Vermögenswert zuerkannt werden soll, die auf rechtlicher Grundlage beruhen.

Bei einer Sichtung der reichsgerichtlichen Rechtsprechung zum wirtschaftlichen Vermögensbegriff kann man feststellen, daß das Reichsgericht den Vermögensbegriff stets durch die allgemeine Rechtsordnung als äußerste Schranke begrenzt wissen wollte. Ein rein faktischer, von rechtlicher Wertung losgelöster Vermögensbegriff war dem Reichsgericht fremd. In den Fällen, in denen dieser Abhängigkeit von der Rechtsordnung entscheidende Bedeutung zukam, hat sich das Reichsgericht auch nach seiner grundlegenden Entscheidung in RGSt 44, 230 stets für die Beschränkung des wirtschaftlichen Vermögensbegriffs durch die Rechtsordnung ausgesprochen. So führt es in RGSt 66, 281, 285 aus: "Der Begriff des Vermögens im Sinne des § 263 geht über den privatrechtlichen der wohlerworbenen - dinglichen und Forderungs-Rechte hinaus. Er bedeutet den Inbegriff der jemandem unter dem Schutze der Rechtsordnung zu Gebote stehenden wirtschaftlichen Werte. Zum Vermögen gehören alle wirtschaftlichen Belange einer Person, die unter dem Schutze der Rechtsordnung betätigt oder in einem geordneten Verfahren verwirklicht werden können."

Das Reichsgericht begnügte sich also mit einer tatsächlichen Verfügbarkeit im Rahmen des Rechts, schloß damit aber auch Vermögenswerte aus, die nur außerhalb der Rechtsordnung ihre Anerkennung gefunden haben. Hierzu zählen jedoch auch die auf gesetz- oder sittenwidrigen Vereinbarungen beruhenden nichtigen Ansprüche, denn es handelt sich nicht um durch die Rechtsordnung geschützte wirtschaftliche Belange. Eine Verwirklichung in einem geordneten Verfahren ist ebenfalls nicht möglich.

Die Rechtsprechung des Reichsgerichts läßt sich somit nur auf solche tatsächlichen Aussichten und Anwartschaften auf Vermögenserwerb ausdehnen, die unter dem

Schutz der Rechtsordnung stehen. Damit ist die Frage, ob Aussichten, auf Grund deren in rechtlich mißbilligter Weise ein Vermögenszuwachs mit Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist, dahin zu entscheiden, daß ihnen eine Anerkennung als Vermögenswert im Sinne des § 263 auch nach den Grundsätzen der RGSt 63, 186 versagt bleiben muß.

Die Meinung Bockelmanns, das Reichsgericht habe in seiner Entscheidung RGSt 65, 99 nicht prinzipiell ausgesprochen, daß Ansprüche immer rechtlichen Bestand haben müssen, um Gegenstand des Betrugs sein zu können, läßt sich auf Grund der obigen Feststellungen zumindest hinsichtlich der auf gesetz- oder sittenwidrigen Vereinbarungen beruhenden Ansprüche nicht aufrechterhalten. In dieser Entscheidung ist deshalb auch kein Rückgriff auf die überholte juristische Vermögens-theorie zu sehen, sondern sie ist vielmehr eine Folge des durch die allgemeine Rechtsordnung begrenzten Vermögensbegriffs des Reichsgerichts.

5) Entscheidungen des RG zur Abrundung des wirtschaftlichen Vermögensbegriffs

a) Bockelmann stützte die Anerkennung nichtiger Ansprüche weiter auf die in RGSt 48, 184 getroffene Entscheidung. Das Reichsgericht befaßte sich darin mit der Frage, ob und unter welchen Umständen der Versicherungsnehmer durch betrügerische Überversicherung schon einen vollendeten Betrug begangen hat. Es kam zu dem Ergebnis, daß für die Vollendung des Vermögensschadens die tatsächliche Gefährdung des Vermögens ausreicht, weil für die Versicherung die Nichtigkeit des Versicherungsvertrages zunächst nicht erkennbar war und die Gefahr bestand, daß sie in Unkenntnis der Nichtigkeit des Vertrages die sich hieraus ergebende "Verbindlichkeit" erfüllen werde. Die Entscheidung beinhaltet somit nur die Anerkennung der tatsächlichen wirtschaftlichen Auswirkung des nichtigen Vertrages auf das Vermögen der Versicherung als Vermögensbeschädigung. Die wirtschaftliche Betrachtungsweise ist als Methode zur Bestimmung des Vermögensschadens bereits anerkannt worden und läßt keine andere Beurteilung der nichtigen Ansprüche zu, denn sie hat nur für die Realisierbarkeit eines Anspruches Bedeutung und diese allein ist nicht geeignet, den Vermögenswert eines nichtigen Anspruches zu begründen, wenn er auf einer Vereinbarung beruht, die nicht in Einklang mit der Rechtsordnung steht. Diese Entscheidung kann nur im Zusammenhang mit den anderen Entscheidungen des Reichsgerichts zum wirtschaftlichen Vermögensbegriff gesehen werden und ihre Anwendung auf ähnliche Sachverhalte kann nur im Rahmen der allgemeinen Einschränkung des Vermögensbegriffs durch die allgemeine Rechtsordnung erfolgen. Darüber hinaus hat die Entscheidung jedoch keine Bedeutung für die Frage, welche Anforderungen an ein vermögenswertes Interesse des Betroffenen zu stellen sind, um es als Vermögenswert im Sinne des § 263 StGB anzuerkennen. Sie kann deshalb nicht zu Begründung des Vermö-

genswertes nichtiger Forderungen herangezogen werden.

b) Auch die von Bruns angeführte Entscheidung des Reichsgerichts 1) vermag seine Auffassung, daß den wegen Gesetz- oder Sittenwidrigkeit nichtigen Ansprüchen ein Vermögenswert zukommen kann, letztlich nicht zu stützen. Gegenstand der Entscheidung war die Frage, inwieweit eine mündliche und deshalb grundsätzlich rechtlich unwirksame Bürgschaftsübernahme einen Vermögensschaden zur Folge haben kann. Das Reichsgericht nahm einen Schaden unter der Voraussetzung an, daß sich der "Bürge" in einer Zwangslage befunden hat, die es ihm ratsam erscheinen ließ, z. B. um die geschäftlichen Beziehungen nicht zu beeinträchtigen, den Gläubiger trotz Unwirksamkeit der Bürgschaftserklärung zu befriedigen. Es genügte somit ebenfalls wie im vorhergehenden Falle des Versicherungsbetruges, daß eine tatsächliche Gefährdung des Vermögens des "Schuldners" eingetreten ist. Man wird Bruns darin folgen müssen, wenn er umgekehrt dem zwar unwirksamen Bürgschaftsversprechen, das aber trotzdem erfüllt werden würde, einen Vermögenswert zuerkennt, denn das Bürgschaftsversprechen stellt sich als eine Sachlage dar, derzufolge mit einem Vermögenswert gerechnet werden kann. Eine solche Folgerung läge auch sicher im Rahmen der reichsgerichtlichen Rechtsprechung, denn die wegen Formmangels unwirksame Bürgschaftserklärung verleiht eine den Spiel- und Wettschulden vergleichbare Rechtsposition. Die Unwirksamkeit ist auch hier durch den Gesichtspunkt der Gefährlichkeit, nämlich die Haftung für fremde Schulden, bedingt und beruht nicht auf einem Verstoß gegen die Rechtsordnung. Im vollhandelsgeschäftlichen Verkehr entfällt sogar die Schriftform, weil die beteiligten Kreise die Bedeutung des Bürgschaftsversprechens kennen und deshalb die Warnfunktion der gesetzlich vorgeschriebenen Form entfallen kann. Wie bei den unvollkommenen Verbindlichkeiten kann das auf Grund unwirksamer Bürgschaftserklärung Geleistete ebenfalls nicht zurückgefordert werden 2). Insoweit kann auch einmal einem nichtigen Anspruch ein Vermögenswert zukommen.

Eine Ausdehnung dieser Entscheidung auf wegen Gesetz- oder Sittenwidrigkeit nichtige Ansprüche ist jedoch nicht zulässig, weil auch hier das unter a) Ausgeführte Geltung hat, daß Vermögenswerte nur unter dem Schutz der Rechtsordnung Anerkennung finden können. Eine nachträgliche Heilung der Nichtigkeit, wie sie bei der formlosen Bürgschaftserklärung Platz greift, findet bei Erfüllung unsittlicher Ansprüche nicht statt, so daß eine solche geschützte Rechtsposition auch nicht nachträglich erworben werden kann.

Die Entscheidung des RG ist somit nicht geeignet, die Anerkennung nichtiger Ansprüche als Vermögenswert zu stützen.

1) RGSt 65, 109

2) § 765 I; 766 S. 2 BGB

6) Nichtige Ansprüche im Vergleich zum rechtswidrigen Besitz

Der BGH und die anderen Verfechter seiner Rechtsprechung begründen die Anerkennung der rechts- und sittenwidrigen Ansprüche unter Berufung auf die herrschende Rechtsprechung, wonach auch Sachen, die jemand in gesetz- oder sittenwidriger Weise an sich gebracht hat, zum geschützten Vermögen im Sinne des § 263 gerechnet werden, denn es gehe nicht an, Betrug nur bei Sachwerten anzunehmen, den nichtigen, aber realisierbaren Ansprüchen ihre Anerkennung als Vermögenswert zu versagen.

Der BGH bezieht sich insbesondere auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts in RGSt 44, 232, wonach dasjenige, was dem Vermögen einer Person angehört und was Bestandteil ihres Vermögens ist, unter allen Umständen rechtlichen Schutz genießt. Denn was von Rechtsgeschäften, denen auf dem Boden des bürgerlichen Rechts allerdings die Anerkennung versagt ist, sofern sie wider das Gesetz oder die guten Sitten verstoßen, gilt deshalb noch lange nicht ohne weiteres von dem auf rechtsgeschäftlichem Wege erlangten Vermögen.

Eine Vermögensbeschädigung ist somit noch nicht deshalb ausgeschlossen, weil der Betroffene kein subjektives Recht auf das z. B. gestohlene oder gehehlte Gut hatte, denn der Begriff des Vermögens im Sinne des § 263 darf nicht auf das rechtlich geschützte Vermögen eingeschränkt werden, sondern ist wirtschaftlich zu verstehen ¹⁾.

Die Bedeutung der Entscheidung liegt im wesentlichen darin, daß sie eine Loslösung des Strafrechts von seiner Abhängigkeit vom Zivilrecht mit sich brachte und in der Erkenntnis, daß der Vermögensbegriff des Strafrechts nicht mit dem des Privatrechts identisch ist, sondern aus der Funktion des Strafrechts seinen Gehalt empfängt. Der rechtswidrig oder rechtlos erworbene Besitz scheidet nicht deshalb schon aus dem Vermögensbegriff des § 263 aus, weil die Privatrechtsordnung den rechtswidrigen Besitz nicht dem Vermögen des Betroffenen zuordnet, entscheidend ist vielmehr, ob dem Besitz ein wirtschaftlicher Wert innewohnt. Der Besitz bezeichnet das tatsächliche Herrschaftsverhältnis eines Menschen über eine Sache und dieses tatsächliche Verhältnis ist einer Wertung nach sittlichen Maßstäben entzogen. Die Rechtsordnung regelt lediglich das Recht zum Besitz, ohne daß dadurch dieses tatsächliche Verhältnis einer Änderung unterworfen wäre. Bei wirtschaftlicher Betrachtung kommt dem, wenn auch rechtswidrigen Besitz ebenfalls ein Vermögenswert zu. Eine rechtlos im Besitz befindliche Sache ist einer in rechtmäßiger Weise erworbenen wirtschaftlich gleichwertig, da der Sachwert als solcher wertneutral und nur objektiv bestimmbar ist. Der Vermögenswert liegt darin, daß

1) LZ 1921, Sp. 722 Ziff. 5

der Besitzer über die Sache tatsächlich verfügen und alle Gebrauchsvorteile ziehen kann, wie ein rechtmäßiger Eigentümer 1). Man denke nur z.B. an die heute mehr und mehr zunehmenden Mietwagengeschäfte. Um in den Besitz eines Kraftfahrzeuges zu gelangen, bedarf es nicht unerheblicher finanzieller Aufwendungen. Der Besitz eines Kraftwagens hat deshalb einen auch in Geld ausdrückbaren Wert, ohne Rücksicht darauf, ob der Besitz rechtmäßig oder angemaßt ist. Die betrügerische Entziehung des Besitzes begründet somit auch für den rechtlosen Besitzer einen Vermögensschaden, für den Betrüger einen geldwerten Vorteil.

Der Betroffene hatte in all den vom Reichsgericht entschiedenen Fällen eine Sache seinem Vermögen tatsächlich zugeführt, hatte also eine tatsächliche Position inne. Demgegenüber kommt einem nichtigen Anspruch eine ebensolche, tatsächliche Position nicht zu, der Ganove hofft vielmehr erst, den Lohn zu erlangen. Während sich die Natur des Besitzes nicht dadurch ändert, werden diese Ansprüche durch die Nichtigkeit zu einem nullum. Sie stellen nur Hoffnungen dar, die aber, weil auf keiner rechtlichen Grundlage beruhend, noch im wirtschaftlichen Leben anerkannt, nur in der Verbrecherwelt ihre Anerkennung finden können, nicht aber im Strafrecht.

Die reichsgerichtliche Rechtsprechung zum rechtswidrigen Besitz stützt somit ebenfalls nicht die Anerkennung nichtiger Ansprüche, weil beim Abschwindeln einer Sache, die der Getäuschte rechtswidrig im Besitz hatte, immer noch der Besitz im Einklang mit der Zivilrechtsordnung als schutzwürdiger Vermögensgegenstand anzusehen ist, während bei den Ansprüchen diese allein tragfähige Grundlage für eine Begründung des Betrugstatbestandes fehlt 2). An dieser Stelle muß erwähnt werden, daß der BGH in einer späteren Entscheidung 3) ausgesprochen hat, daß der Anspruch einer Dirne gegen den Freier auf den vereinbarten Lohn einem durch sittenwidriges Rechtsgeschäft erlangten Sachwert nicht gleichsteht.

Der Widerspruch zur Entscheidung BGHSt 2, 364 liegt offen zu Tage, denn der Vermögenswert dieses Anspruchs hätte nur damit begründet werden können, daß eine tatsächliche Aussicht auf Realisierbarkeit des nichtigen Anspruchs nicht bestanden hat.

7) Der Begriff des "rechtlich geschützten Vermögens" in Bezug auf nichtige Ansprüche

Es bleibt noch ein letztes Argument des BGH zu prüfen, wonach die nichtigen Ansprüche nicht aus dem Vermögen im Sinne des § 263 ausgeklammert werden könnten, weil es nach der in RGSt 44, 230 ff. getroffenen Feststellung kein Vermögen gebe, das rechtlich nicht geschützt sei.

1) RGSt 1, 55

2) Lange, JR 1950, 622 XI

3) BGHSt 4, 373

Dieser vom Reichsgericht aufgestellte Grundsatz hat auch heute noch seine Gültigkeit, doch muß seine Bedeutung für den Vermögensbegriff näher dargelegt werden. In dem zu entscheidenden Sachverhalt hatten Frauen "gutes Geld" bezahlt, um in den Besitz von Abtreibungsmitteln zu gelangen, sie hatten aber nur ein untaugliches Pulver erhalten. Bis zu dieser Entscheidung war ein Betrug stets mit der Begründung abgelehnt worden, sie hätten rechtlich keinen Schaden erlitten, weil sie keinen rechtswirksamen Anspruch auf Lieferung des Abtreibungsmittels erworben hätten, die Nichterfüllung dieses nichtigen Anspruchs könne deshalb auch keine Schaden begründen. Dieser Begründung lag eine rein juristische Betrachtungsweise zugrunde, welche die Tatsache völlig außer Acht ließ, daß die Frauen wirtschaftlich um 10,- RM ärmer geworden waren. Das Reichsgericht hat deshalb nicht auf einen nach juristischen Maßstäben bestimmaren Schaden abgestellt, sondern die wirtschaftliche Auswirkung des unsittlichen Rechtsgeschäfts auf das Vermögen gewürdigt und die tatsächlich eingetretene Vermögensverschiebung entscheidend sein lassen. Mit dem Satz, daß es ein rechtlich nicht geschütztes Vermögen gebe, wollte das Reichsgericht nur den mißverständlichen Ausdruck des "rechtlich geschützten Vermögens" klarlegen, der den Schluß zuließ, daß es auch Vermögen geben könne, das nicht geschützt sei. Es hat ausgeführt, daß es einen so weitgehenden Satz, der den Verbrecher mit Bezug auf sein Vermögen friedlos machte, nicht vertreten habe.

In diesem Zusammenhang sind auch die Entscheidungen des Reichsgerichts in DR 1940, 105 und HRR 1940 Nr. 320 zu verstehen, wonach der Rechtsbrecher auch dann gegen die allgemeine Rechtsordnung verstößt und deshalb Strafe verwirkt hat, wenn der unmittelbar Verletzte selbst gegen das Sitten- oder Strafgesetz verstoßen hat.

Die reichsgerichtliche Rechtsprechung kann somit erst dann Bedeutung erlangen, wenn zunächst festgestellt ist, daß das, worum der Getäuschte betrogen worden ist, Bestandteil seines Vermögens gewesen ist. Erst dann kann sich die Frage erheben, ob der Strafschutz etwa deshalb entfallen sein kann, weil das Vermögen in einem gesetz- oder sittenwidrigen Rechtsgeschäft eingesetzt worden ist und deshalb nicht als schutzwürdig erscheint. Dies ist jedoch mit der reichsgerichtlichen Rechtsprechung zu verneinen.

Mit der Bezugnahme auf diese Rechtsprechung läßt sich somit nicht die Frage nach dem Vermögenswert eines nichtigen Anspruchs beantworten.

8) Ergebnis der Untersuchung der reichsgerichtlichen Rechtsprechung zum wirtschaftlichen Vermögensbegriff und seine Auswirkung auf die Anerkennung nichtiger Ansprüche als Vermögenswert

Der Vergleich der reichsgerichtlichen Entscheidungen mit der neueren Rechtsprechung hat ergeben, daß die Anerkennung nichtiger Ansprüche nicht unter Berufung auf das Reichsgericht erfolgen kann. Zwar spielt die faktische Realisierbarkeit auch in der reichsgerichtlichen Rechtsprechung eine wesentliche Rolle, um das Vorliegen eines Vermögensschadens annehmen zu können, jedoch muß die faktische Realisierbarkeit an einen Vermögensbestandteil geknüpft sein, der noch in der allgemeinen Rechtsordnung seine Stütze findet. An einer solchen tragfähigen Grundlage, ohne die ein Interesse nicht als Vermögenswert anerkannt werden kann, fehlt es jedoch, wenn Gegenstand des Betrugs ein auf unsittlichen oder gesetzwidrigen Vereinbarungen beruhender Anspruch gewesen ist. Das Gefühl des Komplizen, betrogen worden zu sein, genügt nicht, um wegen Betruges zu bestrafen, da die allgemeine Rechtsordnung einen Vermögensschaden objektiv nicht feststellen kann ¹⁾. Die Feststellung, daß dieser nichtige Anspruch faktisch realisierbar gewesen wäre, kann die Grenzen, die das Reichsgericht für die Anerkennung als Vermögenswert gesetzt hat, nicht sprengen.

Als Ergebnis ist danach festzuhalten, daß nichtige Ansprüche nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts nicht Gegenstand des Betrugs sein können.

II. ENTSPRICHT DIE NEUERE RECHTSPRECHUNG EINEM DEM HEUTIGEN RECHTSDENKEN ANGEPAßTEN, WIRTSCHAFTLICHEN VERMÖGENSBEGRIFF?

1) Der Vermögenswert nichtiger Forderungen bei sog. "natürlicher" Betrachtungsweise

Mit der Ablehnung des Vermögenswertes von nichtigen, weil gesetz- oder sittenwidrigen Ansprüchen in der Sicht der reichsgerichtlichen Vermögensauffassung kann das Problem noch nicht als gelöst betrachtet werden. Es drängt sich vielmehr die Frage auf, ob diese neuere Rechtsprechung, angeführt von der des BGH ²⁾, nicht als Folge eines gewandelten Vermögensbegriffs angesehen werden kann, wonach eine Orientierung des Vermögensbegriffs an der allgemeinen Rechtsordnung nicht mehr gefordert werden könnte. Wäre dies der Fall, so wäre dem Reichsgericht zu Recht die Gefolgschaft versagt worden, denn wie sich die Rechtsprechung von der rein juristischen Betrachtungsweise des Vermögens löste, kann sich auch

1) Vgl. Maurach B. T. S. 291

2) BGHSt 2, 364

der wirtschaftliche Vermögensbegriff zu einem rein faktischen gewandelt haben. Dieser Gedanke klingt in der Entscheidung des BGH an, wenn er die Anerkennung der nichtigen Ansprüche damit zu begründen sucht, daß sich in neuerer Zeit die höchstrichterliche Rechtsprechung in Strafsachen im Streben nach natürlicher Betrachtung und lebensgemäßen, befriedigenden Ergebnissen immer mehr von der bürgerlichen Betrachtungsweise abgewendet und dem wirtschaftlichen Vermögensbegriff, besonders auf dem Gebiet des Betrugs und der Untreue in ständig zunehmendem Maße Geltung verschafft hätte.

Als das Reichsgericht in RGSt 44, 230 mit eben dieser Begründung das Vorliegen eines Vermögensschadens bejahte, geschah dies aus gutem Grunde. Die betroffenen Frauen waren um 10, - RM, die sie für ein untaugliches Abtreibungsmittel bezahlt hatten, ärmer geworden, hatten also einen fühlbaren Schaden erlitten. Das Strafrecht mußte sich, um dem Sachverhalt gerecht zu werden, von der rein zivilrechtlichen Betrachtung lösen und einen spezifisch strafrechtlichen Vermögensbegriff Platz greifen lassen, um eine lebensgemäße Entscheidung zuzulassen. Die den Betroffenen schwer verständliche Unterscheidung zwischen juristischem und wirtschaftlichem Schaden konnte nicht länger aufrechterhalten bleiben.

Für uns erhebt sich somit die Frage, ob die betrügliche Beeinträchtigung nichtiger Ansprüche bei natürlicher Betrachtungsweise zur Annahme eines Vermögensschadens zwingt, die Bestrafung wegen Betrugs eine lebensgemäße Entscheidung darstellt. Wenn das Reichsgericht bei Ansprüchen verlangte, daß sie rechtlichen Bestand haben, so ist für die natürliche Betrachtungsweise entscheidend, ob die ihnen anhaftende Nichtigkeit nicht durch wirtschaftliche Gesichtspunkte ausgeglichen werden kann, so daß ihnen der gleiche wirtschaftliche Wert wie vollgültigen Ansprüchen zukommen kann. Wie aus der reichsgerichtlichen Rechtsprechung ersichtlich geworden ist, ist der rechtliche Mangel, wie z.B. den verjährten oder sonstigen unvollkommenen Ansprüchen anhaftet, durch die faktische Realisierbarkeit ausgleichbar. Bei konsequenter Verfolgung dieser Methode, den Wert einer Forderung nach ihrer faktischen Realisierbarkeit zu bestimmen, kann deshalb auch einer "nur" nichtigen Forderung ein Vermögenswert innewohnen, wenn sich Feststellungen treffen lassen, daß der "Schuldner" seine "Verbindlichkeit" erfüllt hätte, wenn die Täuschung erkannt worden wäre. Dieses Ergebnis entspricht einer natürlichen Betrachtungsweise, denn der "Gläubiger" wird den Wert seines "Anspruchs" im wesentlichen danach beurteilen, ob er mit seiner Erfüllung rechnen kann oder nicht; die juristische Vorformung wird dabei nur eine untergeordnete Rolle spielen. Einfacher ausgedrückt stellt sich der Laie nur die Frage: "Bekomme ich mein Geld oder nicht?" und dies hängt von den tatsächlichen Umständen des Einzelfalles ab.

Der Vermögensschaden läßt sich, wie dem BGH insoweit zuzustimmen ist, somit nicht schon deshalb verneinen, weil der Anspruch rechtlich nicht existent ist,

denn der Betroffene hatte eine begründete Aussicht auf Vermögenserwerb, um die er in betrügerischer Absicht gebracht worden ist.

Die Frage nach dem Vermögenswert einer nichtigen Forderung läßt sich jedoch nicht allein mit der Prüfung ihrer faktischen Realisierbarkeit beantworten, denn bisher blieb völlig außer Betracht, daß die nichtigen Ansprüche auf gesetz- und sittenwidrigen Vereinbarungen beruhen. Der ihnen anhaftende Makel der Herkunft aus solchen Vereinbarungen hat zwar keine Bedeutung, solange nur die rein tatsächliche Frage nach der Realisierbarkeit einer Prüfung unterzogen wird, es fragt sich jedoch, ob dieser Makel einer Anerkennung als Vermögenswert als geschützter Gegenstand des § 263 StGB entgegensteht.

Allgemein läßt sich die Frage dahin stellen, ob die wirtschaftlich, faktische Betrachtungsweise eine Begrenzung durch die Rechtsordnung erfährt. Mit dem BGH wäre diese Frage zu verneinen, denn seine Entscheidung hat im Ergebnis zu einer Befreiung des Vermögensbegriffs von jeder rechtlichen Wertung und zu einer Überbewertung der faktischen Betrachtungsweise geführt.

2) Grenzen der wirtschaftlich-faktischen Betrachtungsweise

Zunächst soll an einem Beispiel aus der reichsgerichtlichen Rechtsprechung, dessen Tatbestand mit dem Vorzeichen der Gesetz- und Sittenwidrigkeit versehen werden soll, demonstriert werden, zu welchem Ergebnis ein solcher, rein faktischer Vermögensbegriff führen würde.

Durch die Rechtsprechung des Reichsgerichts ist die Kundschaft eines Kaufmannes als vermögenswertes Lebensverhältnis anerkannt worden ¹⁾. Überträgt man nun dieses Verhältnis in die Ebene des Gesetzwidrigen, so kann dem Kaufmann ein gewerbsmäßiger Hehler gleichgesetzt werden. Auch dieser besitzt meist eine bestimmte Anzahl von Dieben als "Lieferanten", die bei ihm regelmäßig ihre Beute versilbern. Das ihnen bezahlte Entgelt stellt bekanntlich nur einen Bruchteil des wirklichen Wertes der Ware dar, so daß der Hehler auf Grund dieser laufenden Geschäftsbeziehungen auch für die Zukunft mit großer Wahrscheinlichkeit einen Gewinn erwarten kann. Begeht nun derjenige, der sich z. B. wahrheitswidrig als Beauftragter des Hehlers ausgibt und die Beute im eigenen Namen ankauft, gegenüber dem Hehler einen Betrug, weil er diesem den Gewinn entzieht, den er mit Sicherheit sonst gemacht hätte? Nach der rein faktischen Betrachtungsweise des BGH wäre Betrug gegeben, weil der Hehler ohne die Täuschungshandlung die Ware vom Dieb angeboten erhalten und dabei einen Gewinn gemacht hätte. Der Hehler hatte somit eine begründete Aussicht auf Vermögenserwerb, die der des Kaufmanns entspricht, sofern man die Gesetzwidrigkeit des Erwerbs außer Acht

1) RGSt 71, 333; 74, 316.

läßt. Den Täuschenden wegen Betrugs gegenüber dem Hehler zu bestrafen, erscheint jedoch auch bei natürlicher Betrachtungsweise nicht als ein lebensgemäßes Ergebnis, da bei unvoreingenommener Betrachtung diese Chance auf Vermögenserwerb, dessen Ursprung in einem gesetzwidrigen Verhalten liegt, nicht als Bestandteil des durch § 263 geschützten Vermögens angesehen werden kann. Der Hehler hat sich keine dem Handelsgeschäft eines Kaufmanns vergleichbare, wirtschaftlich anerkannte Position geschaffen, in der er Schutz vor Beeinträchtigung verdient. Er hat sich vielmehr eine Erwerbsquelle erschlossen, die durch die Rechtsordnung unter Strafe gestellt ist. Durch eine verbotene Tätigkeit kann jedoch keine Position geschaffen werden, zu deren Schutz die Rechtsordnung aufrufen wäre. Das berechnete Interesse des Kaufmanns, keine betrügerischen Beeinträchtigungen seiner vermögenswerten, geschäftlichen Beziehungen zu erfahren, kann der Hehler nicht für sich in Anspruch nehmen. Wenn er auch in seiner tatsächlichen Vermögensposition den Schutz der Rechtsordnung erfährt, weil er auch als Verbrecher nicht den betrügerischen Eingriffen Dritter schutzlos preisgegeben ist, so gilt dies doch nicht hinsichtlich seiner noch nicht abgewickelten, gewinnbringenden Geschäfte. Erst wenn die Vermögensverschiebung tatsächlich eingetreten ist, wird man den Schutz des Strafrechts einsetzen lassen können. Hierin liegt bereits ein Zugeständnis an die wirtschaftliche Betrachtungsweise des Vermögens, über das keinesfalls hinausgegangen werden sollte. Eine Vorverlegung des strafrechtlichen Schutzes auf die tatsächliche Gewinnaussicht wäre widersprüchlich, weil gerade diese Vermögensverschiebung unter Strafe gestellt ist und dieses Stadium kann nicht gleichzeitig schutzwürdig sein.

An diesem Beispiel wird ersichtlich, daß nicht alles, was für den Betroffenen einen in Geld ausdrückbaren Wert haben kann, auch von der Rechtsordnung als Vermögen im Sinne des § 263 als Rechtsbegriff anerkannt werden kann. Tatsächliche Gewinnaussichten wird man nur dann als Vermögensbestandteil anerkennen können, wenn sie sich als Ergebnis einer erlaubten, wirtschaftlichen Betätigung erweisen, und der Vermögenserwerb im Einklang mit der allgemeinen Rechtsordnung steht.

3) Der Einfluß der Rechtsordnung auf die Anerkennung der Arbeitskraft als Vermögenswert

Der Einfluß der Rechtsordnung auf die Anerkennung als Vermögenswert ist auch am Beispiel der Arbeitskraft nachweisbar. Nach wohl herrschender Ansicht ist die Arbeitskraft als Vermögenswert dann anerkannt, wenn es sich um eine wirtschaftlich verwertbare, wenn auch nicht unbedingt vertraglich festgelegte Arbeitskraft handelt 1). Eine andere Beurteilung erfährt sie jedoch in den Fällen, in denen

1) RGSt 68, 380; Mezger StuB II § 57 Vb

sie zur Erzielung eines sozial unerwünschten Erfolges eingesetzt wird, wie zur Begehung eines Verbrechens oder zur Erreichung eines sonstigen verbotenen Zweckes.

Es läßt sich somit nicht generell entscheiden, daß die Arbeitskraft stets als Vermögenswert i. S. des § 263 angesehen werden kann, es kommt vielmehr darauf an, ob sie in Übereinstimmung mit der Rechtsordnung eingesetzt wird oder nicht. Danach muß auch eine unterschiedliche Beurteilung der Ansprüche möglich sein, je nachdem, ob sie im Einklang mit der Rechtsordnung oder in gesetz- oder sittenwidriger Weise erworben sind. Ansprüche aus nichtigen Vereinbarungen, wie der Anteil am Diebesgut, auf den Freierlohn, auf Belohnung wegen Beteiligung an einem Verbrechen scheiden als geschützte Vermögenswerte aus. So hat der BGH auch entschieden, daß derjenige keinen Betrug begeht, wer eine Dirne um den vereinbarten Lohn prellt 1). Diese Entscheidung kann nur als Ergebnis einer differenzierenden, an der allgemeinen Rechtsordnung orientierten Betrachtungsweise angesehen werden, welche den Unwert solcher Ansprüche berücksichtigt, denn der Vermögensschaden hätte in konsequenter Verfolgung der Rechtsprechung, wie sie in BGHSt 2, 364 zum Ausdruck gekommen ist, nur damit verneint werden können, daß eine faktische Realisierbarkeit nicht nachgewiesen werden konnte.

4) Der Einfluß der Rechtsordnung im Rahmen der faktischen Vertrauensverhältnisse

Die Abhängigkeit eines durch eine Strafnorm geschützten Rechtsguts von der Anerkennung durch die allgemeine Rechtsordnung läßt sich auch am Untreuetatbestand, der dem des Betruges verwandt ist, feststellen. Bei der Untreue tritt die Frage auf, ob die tatsächlichen Treueverhältnisse, die auf Vereinbarungen beruhen, die gegen die Straf- oder Sittengesetze verstoßen, geeignet sind, als Treueverhältnis im Sinne des § 266 Anerkennung zu finden.

Die Problemstellung liegt auf derselben Linie wie bei der Frage nach der Anerkennung nichtiger Ansprüche, da in beiden Fällen die Bedeutung der Faktizität für die strafrechtliche Würdigung eine entscheidende Rolle spielt.

Für die Annahme eines Treueverhältnisses im Sinne des § 266 genügt ein Verhältnis tatsächlicher Art, auf Grund dessen jemand verpflichtet ist, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen. Ein bürgerlich-rechtlich gültiges Rechtsgeschäft braucht nicht zu Grunde zu liegen; dies ist ebenfalls die Folge einer natürlichen Betrachtungsweise.

Die Rechtsprechung hat in der Frage, welche Anforderungen an ein solches Treueverhältnis zu stellen sind, mehrfach Stellung genommen. So hat z. B. das Reichs-

1) BGHSt 4, 373

gericht in seiner Entscheidung RGSt 70, 7, 9 die Verurteilung eines Hehlers unter dem Gesichtspunkt der Untreue abgelehnt, der zunächst verabredungsgemäß die gestohlenen Sachen für den Dieb verkauft hatte, später aber dazu übergegangen war, den Rest der Diebesbeute für sich zu verkaufen. Das Reichsgericht bejahte zwar grundsätzlich die Strafverfolgung eines Rechtsbrechers auch für den Fall, daß der Verletzte selbst gegen das Sitten- oder Strafgesetz verstoßen hat, es lehnte jedoch eine Bestrafung wegen Untreue ab, weil es nicht Aufgabe der Rechtsordnung sei, darüber zu wachen, daß der Hehler der mit dem Diebe getroffenen Abmachung treu bleibe, die gestohlenen Sachen in einer bestimmten Weise zu verwerten. Eine Rechtsordnung, die sich dafür einsetzte, daß das gegen ihren Bestand gerichtete Zusammenwirken von Dieb und Hehler ungestört verläuft, würde sich selbst aufgeben.

Diese Rechtsprechung wurde nach dem Kriege u. a. vom OLG Braunschweig 1) fortgeführt. Es prüfte die Voraussetzungen eines tatsächlichen Treueverhältnisses bei Schwarzmarktgeschäften und kam zu dem Ergebnis, daß bei Verstößen gegen das Straf- oder Sittengesetz es stets der Darlegung besonderer Umstände bedürfe, um trotzdem ein Treueverhältnis zwischen den Beteiligten bei nichtigen Rechtsgeschäften annehmen zu können. In der Regel würden die Grundsätze der Rechts- und Sittenordnung die Anwendung des Begriffs auf solche Beziehungen verbieten.

Die Rechtsprechung des BGH ist nicht einheitlich 2). Der BGH entschied u. a., daß mangels eines Treueverhältnisses nicht wegen Untreue zu bestrafen sei, wer Geld, das er zur Beschaffung von Falschgeld erhalten habe, abredewidrig für sich verbraucht.

Im Schrifttum 3) geht die überwiegende Meinung ebenfalls dahin, Untreue nur dann anzunehmen, wenn das Treueverhältnis nicht gegen die Rechts- oder Sittenordnung verstößt.

Die abweichende Meinung Maurachs 4), daß Untreue auch bei sittenwidrigen Treueverhältnissen möglich sei, beruht darauf, daß er als geschütztes Rechtsgut des § 266 nur das Vermögen ansieht. Der Vertrauensbruch ist wie beim Betrug nur Mittel zur Schädigung fremden Vermögens, nicht aber Verletzung eines selbständigen Rechtsgutes.

Es soll hier nicht entschieden werden, welcher Rechtsgüterschutz durch § 266 gewährleistet werden soll, da die entgegenstehende Meinung, die nur das Vermögen als geschützt ansehen will, die vom RG, BGH und Schrifttum getroffene Grundent-

1) NJW 1950, 656

2) Vgl. hierzu Luthmann NJW 1960, 419

3) Schönke-Schröder § 266 Anm. IV, 2b; Kohlr. -Lange § 266, Anm. III, 1

4) BT. S. 300, 306; ebenso jetzt BGHSt 8, 254.

scheidung, daß ein wegen Gesetz- oder Sittenwidrigkeit nichtiges, aber durchgeführtes Treueverhältnis nicht zur Begründung der Strafbarkeit gemäß § 266 führen kann, jedenfalls dann nicht berührt, wenn durch § 266 auch die Integrität solcher Treueverhältnisse geschützt werden soll.

Hier schließt sich der Kreis zum Betrug, wenn man als geschütztes Rechtsgut das Vertrauen, sei es allein oder neben dem Vermögen, ansieht, was allerdings sowohl von der Rechtsprechung als auch vom herrschenden Schrifttum abgelehnt wird. Zum strafrechtlichen Schutz von Vertrauensverhältnissen auf Grund nichtiger Vereinbarungen hat vor allem Fischer 1) ausgeführt, daß die Täuschung fremden Vertrauens nur strafwürdig sei, wenn es von den Grundlagen eines redlichen Geschäftsverkehrs ausgehe, wenn die sittlichen Auffassungen der Gemeinschaftsordnung mit diesem Vertrauen in Einklang stehen und es gerechtfertigt und notwendig erscheinen lassen, daß diesem Vertrauen Genüge getan wird. Der Rechtsbrecher finde in seinen Erwartungen, die auf den Bruch der Rechtsordnung gerichtet sind, keinen strafrechtlichen Schutz. Das Vertrauen des Rechtsbrechers, daß der andere nach seinen Vorstellungen gegen die Rechtsordnung verstoßen werde, sei für die strafrechtliche Betrachtung ohne Bedeutung.

Auch beim Betrug kommt man somit zum gleichen Ergebnis wie bei der Untreue, daß ein auf verbrecherischer Vereinbarung beruhendes Vertrauensverhältnis nicht schutzwürdig ist, weil es den Interessen der Rechtsordnung zuwiderläuft und gegen ihren Bestand gerichtet ist. Wenn im Rahmen der Untreue der Tatsache, daß sittenwidrige Treueverhältnisse im allgemeinen von den Verbrechern als verpflichtend angesehen werden, keine Bedeutung für das Strafrecht beigemessen wird, so kann die Beurteilung der nichtigen, aber realisierbaren Ansprüche nicht anders sein. Die Anerkennung faktisch bestehender "Ansprüche" wird nicht durch ihre Realisierbarkeit erzwungen, weil es - wie bei der Untreue - nicht Aufgabe der Rechtsordnung sein kann, die Durchführung dieser Ansprüche zu gewährleisten. Die faktische Realisierbarkeit kann somit nicht dazu führen, daß mit ihrer Hilfe die Grenzen der Rechtsordnung aufgehoben und unwerte Güter zu schutzwürdigen Rechtsgütern erhoben werden. Die Faktizität kann nur im Rahmen der Rechtsordnung ihre Wirksamkeit entfalten. Nur in diesem Sinne kann auch der von Bruns 2) zitierte Satz von der normativen Kraft des Faktischen verstanden werden, denn auch für Jellinek 3) stellt das Recht das ethische Minimum dar, so daß sich die normative Kraft des Faktischen auch nur innerhalb der Sittenordnung entfalten kann.

Der BGH wäre danach durchaus in der Lage gewesen, trotz Feststellung der fakti-

1) a. a. O. S. 20.

2) MFSchr. S. 350

3) a. a. O. JZ 1951

schen Realisierbarkeit den sitten- oder gesetzwidrigen Ansprüchen einen Vermögenswert abzusprechen, da auch bei einer rein tatsächlichen Betrachtungsweise die durch die Rechtsordnung gesetzten Grenzen zu beachten sind. Der Vorwurf, daß die Anerkennung einer solchen reinen Faktizität nichts anderes darstelle als die verfehlte Gegenposition des Gesetzespositivismus und deshalb ebenso verwerflich sei, ist danach berechtigt 1).

5) Das Vermögen als Rechtsgut

Die Beschränkung des Strafschutzes auf "schutzwidrige" Vermögenswerte findet letztlich ihre Begründung in der Rechtsguteigenschaft des durch § 263 geschützten Vermögens.

Mit der herrschenden Lehre wird davon ausgegangen, daß beim Strafrecht der Schutzzweck, der Rechtsgüterschutz, im Vordergrund steht. Das Verbrechen ist demnach in erster Linie Rechtsgutverletzung 2). Das Rechtsgut ist somit das Schutzobjekt, dem der einzelne Tatbestand dient, oder von der Sicht des Verbrechens, das Angriffsobjekt, gegen das sich seine verbrecherische Handlung richtet. Die verbrecherische Handlung wird deshalb mit Strafe belegt, weil sie nach ihrer Handlungsrichtung und Handlungsart eine Beeinträchtigung solcher Interessen darstellt, die nach der Allgemeinüberzeugung der Gemeinschaft, oder, im Falle des Fehlens ethischer Wertungsgleichheit, wenigstens nach Auffassung ihrer maßgebenden Schichten besonders wertvoll und deshalb besonders schutzbedürftig sind 3). Diese strafrechtlich geschützten Interessen werden üblicherweise als Rechtsgüter bezeichnet. Mit Welzel 4) können Rechtsgüter auch als Lebensgüter der Allgemeinheit oder des Einzelnen bezeichnet werden, die wegen ihrer sozialen Bedeutung rechtlich geschützt werden, also alle erwünschten sozialen Tatbestände, die das Recht vor Verletzungen sichern will. Daraus ergibt sich, daß der Schutz der Rechtsgüter nicht um ihrer selbst willen einsetzt, sondern wegen ihrer Bedeutung für die Gemeinschaft oder den Einzelnen, letztlich stets der Individualperson als Trägerin dieser Interessen dient. Als solche schutzwürdigen und schutzbedürftigen Interessen sind u. a. die Ehre, Freiheit, körperliche Unverletzlichkeit, das Eigentum, Vermögen, nur um einige besonders charakteristische Rechtsgüter zu nennen, unter den Schutz der Rechtsordnung gestellt und ihre Verletzung mit Strafe bedroht. Dem Schutz des Vermögens dient neben anderen Tatbeständen auch der des Betrugs. Die Schutzbedürftigkeit des Vermögens steht außer Zweifel, denn mit Hilfe des Vermögens als Summe der geldwerten Güter verschafft sich

1) Bruns MFSchr. S. 350

2) Schöнке-Schröder, S. 14.

3) Maurach A. T. S. 168.

4) a. a. O. S. 2, 4.

der einzelne die zur Erhaltung seiner Existenz notwendigen Mittel, der uneingeschränkte Schutz vor Beeinträchtigung ist für ihn eine Existenzfrage. Welche Bedeutung kommt nun dem Rechtsgutcharakter des Vermögens für die Beurteilung der nichtigen Ansprüche zu? Der Rechtsgutcharakter des Vermögens ist allgemein anerkannt, es kommt deshalb darauf an, ob das Interesse des einzelnen, das er als schutzbedürftig ansieht, auch von der Rechtsgemeinschaft als Vermögen anerkannt ist. Betrachtet man das Vermögen als Summe der geldwerten Güter, so ergibt sich daraus die Folgerung, daß auch jeder einzelne Bestandteil diesen Anforderungen genügen muß. Als Vermögen kann deshalb nur die Summe der geldwerten und schutzbedürftigen Interessen angesehen werden. Beurteilt man die nichtigen Ansprüche aus gesetz- oder sittenwidrigen Vereinbarungen nach ihrem sozialen Wert, ihrer Bedeutung für den einzelnen als Glied der Rechtsgemeinschaft, so kann das Ergebnis nur sein, daß sie nicht zu dem durch § 263 geschützten Vermögen zählen können. Die Rechtsordnung hat ihr Unwerturteil bereits eindeutig dadurch bekundet, daß sie solche Ansprüche für nichtig und deshalb nicht für schutzwürdig erklärt hat. Durch das Verbot will die Rechtsordnung bestimmte Geschäfte verhindern, weil sie auf einen den Gemeinschaftsinteressen zuwiderlaufenden Erfolg, der als sozial unerwünscht angesehen wird, gerichtet sind. Der einzelne soll aus solchen Vereinbarungen keine Rechte herleiten können, ihm kann deshalb auch kein strafrechtlicher Schutz in dieser unerwünschten Position zuteil werden.

Eine Änderung in dieser Auffassung vom sozialen Wert solcher auf gesetz- oder sittenwidrigen Vereinbarungen beruhender "Ansprüche" ist aber auch in der auf die reichsgerichtliche Rechtsprechung folgenden Zeit nicht eingetreten. Ihre Anerkennung als Vermögen im Sinne des § 263 ist nicht von der Überzeugung der Rechtsgemeinschaft getragen. Wenn auch in der Zeit nach dem Kriege bis zum Wiedererstarken einer von ethischen Grundauffassungen getragenen Rechtsordnung die Begriffe von Recht und Sittlichkeit vorübergehend ins Wanken geraten sein mögen, und die Frage nach dem Recht mehr am Faktischen orientiert war, so kann heute, unter normalisierten Verhältnissen nur eine am Maßstab der geltenden Rechts- und Sittenordnung ausgerichtete Betrachtungsweise für das Strafrecht bindend sein.

Den nichtigen Ansprüchen kommt auch heute kein sozialer Wert zu 1), ihre Beeinträchtigung berührt deshalb nicht den allgemeinen Rechtsfrieden, so daß es auch nicht erforderlich ist, mit den dem Strafrecht zur Verfügung stehenden speziellen Mitteln repressiv einzuschreiten.

1) ebenso Franzheim a. a. O.

6) Die Beeinträchtigung nichtiger Ansprüche als "Pflichtverletzung"

Die sogenannte Neuere Rechtswissenschaft ist von der Lehre vom Verbrechen als Rechtsgutsverletzung abgerückt und sieht das Wesen des Verbrechens in seiner Gemeinschaftswidrigkeit. Das Verbrechen stellt danach eine Verletzung der hinter den Verbote oder Gebote des Strafrechts stehenden elementaren sozial-ethischen Pflichten dar ¹⁾. Nach Welzel ²⁾ ist Aufgabe des Strafrechts der Schutz der elementaren sozialemischen Gesinnungs- (Handlungs-) Werte und erst darin eingeschlossen der Schutz der einzelnen Rechtsgüter. Wenn sich somit das Wesen des Verbrechens mehr auf den Handlungsunwert verlagert hat, so ist doch auch weiterhin das Vorliegen eines Verbrechens davon abhängig, daß sich die Handlung gegen ein Rechtsgut gerichtet hat, denn nicht jede sozial-ethisch verwerfliche Handlung ist auch gleichzeitig eine strafbare Handlung. Nur in diesem Sinne kann die von Bruns ³⁾ getroffene Feststellung verstanden werden, daß der Staat wesentlich und ernstlich deshalb strafe, weil die Tat sittlich böse und subjektiv verwerflich, damit strafwürdig sei. Man denke z.B. an die Lüge, die sittlich sicher verwerflich ist, die jedoch in ihrer normalen Erscheinungsform straflos bleibt. Sie wird erst im Zusammentreffen mit weiteren Tatbestandsmerkmalen, z.B. der Absicht, sich mit ihrer Hilfe einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, zu einem strafbaren Delikt.

Worin liegt nun, um ein praktisches Beispiel zu nennen, die sozial-ethische Verwerflichkeit der Handlung des Komplizen, der seinen Kumpan um den ihm "zustehenden" Anteil an der Beute prellt. Es ist ein berechtigtes Anliegen der Rechtsordnung, daß Ansprüche grundsätzlich erfüllt werden, denn nur so können die verschiedenartigen Beziehungen der Menschen untereinander zufriedenstellend abgewickelt werden. Ebenso sicher steht jedoch auch fest, daß ein soziales Bedürfnis an der Erfüllung von gesetz- oder sittenwidrigen Ansprüchen nicht besteht. Die Nichterfüllung kann deshalb auch nicht sozial-ethisch verwerflich sein. Es handelt sich hier um Beziehungen unter Verbrechern, deren Abwicklung sich allein nach den in solchen Kreisen ausgebildeten Regeln richtet. Durch die betrügerische Beeinträchtigung solcher nichtiger Forderungen wird auch weder ein sozial erwünschter Zustand berührt, noch wird ein erwünschter Zustand vereitelt. Die Sachlage ist hier anders als bei Sachgütern, die jemand auf Grund gesetzwidriger Vereinbarungen besitzt, denn der Besitz stellt eine geschützte Position dar, in der auch dem Verbrecher Schutz gegen Beeinträchtigung zu gewähren ist.

1) Gallas: Gleispach-Festschrift, S. 61, 67.

2) a. a. O. S.

3) MFSchr. S. 356.

Die Strafbarkeit wegen Betrugs kann somit auch nicht unter dem Gesichtspunkt der Pflichtwidrigkeit begründet werden, weil es an einer sozialetisch verwerflichen Handlung, die gegen ein Rechtsgut gerichtet sein müßte, fehlt.

7) Ergebnis der Untersuchung

Die Prüfung der von der Nachkriegsjudikatur und ihrer Vertreter gegebenen Begründung für die Anerkennung von nichtigen Ansprüchen als Vermögenswert hat ergeben, daß sie nicht geeignet ist, die Aufgabe der reichsgerichtlichen Rechtsprechung zu rechtfertigen. Die Feststellung der faktischen Realisierbarkeit kann danach nicht dazu führen, daß die Grenzen, innerhalb deren ein Interesse als Vermögen im Sinne eines geschützten Rechtsgut anerkannt werden kann, gesprengt werden. Auch bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise bleibt das Vermögen dem Einfluß der Rechtsordnung unterworfen 1). Der Begriff des Vermögens gehört auch im wirtschaftlichen Sinne keiner "amoralischen" Welt bloßer Machtbeziehungen, sondern einer von vornherein auf soziale Ordnungswerte bezogenen Wirklichkeit an 2). Ein rein faktischer Vermögensbegriff ist danach abzulehnen. Aussichten auf Vermögenserwerb können demnach nur dann als Vermögenswert anerkannt werden, wenn mit ihrer Realisierbarkeit mit Wahrscheinlichkeit gerechnet werden kann, und der Erwerb nicht gegen die Rechts- oder Sittenordnung verstößt.

Bei den nichtigen Ansprüchen aus gesetz- oder sittenwidrigen Vereinbarungen handelt es sich somit nur um getäuschte Erwartungen, die nicht schutzwürdig sind.

Was Treu und Glauben aber zwischen denen verlangen, die bewußt dem Gesetz ein Schnippchen schlagen, interessiert den Soziologen, nicht aber den Juristen 3).

1) Grünhut in: "Der strafrechtliche Schutz wirtschaftlicher Interessen", S. 301.

2) Gallas: E. Schmidt FSchr. S. 408.

3) Raiser: a. a. O.

LEBENS LAUF

Am 8. Januar 1936 wurde ich als zweites Kind des Oberverwaltungsrates Dr. Karl Vogelreuther und seiner Ehefrau, Else V., geb. Karner, in Nürnberg geboren. Nach vierjährigem Besuch der Volksschule in Krumbach/Schwaben, wohin wir wegen des Krieges evakuiert wurden, wechselte ich im Jahre 1946 an die dortige Oberschule über, die ich bis zum Jahre 1949 besuchte.

Im gleichen Jahr zogen wir nach München, wo ich in die Luitpold-Oberrealschule eintrat, an der ich im Jahre 1954 das Abitur ablegte. Anschließend studierte ich 8 Semester Rechtswissenschaft an der Ludwig-Maximilians-Universität zu München. Das Studium beendete ich mit der Ablegung der ersten juristischen Staatsprüfung. Vom 2. März 1959 ab leistete ich den Vorbereitungsdienst für Rechtsreferendare ab. Die zweite juristische Staatsprüfung legte ich am 24. April 1962 erfolgreich ab. Seit 16. Mai 1963 bin ich als Gerichtsassessor am Landgericht Nürnberg/Fürth tätig.

